Die einstweiligen Verfügungen nach bernischem Zivilprozess

INAUGURAL-DISSERTATION

zur

Erlangung der Würde eines
doctor juris utriusque an der
hohen juristischen Fakultät
der Universität
BERN

eingereicht von

PAUL GRANER · Fürsprecher
Oberhelfenswil
(Kt. St. Gallen)

Bern — Buchdruckerei E. Bühlmann & Co. — 1932.

Die einstweiligen Verfügungen nach bernischem Zivilprozess

INAUGURAL-DISSERTATION

zur

Erlangung der Würde eines
doctor juris utriusque an der
hohen juristischen Fakultät
der Universität
BERN

eingereicht von

PAUL GRANER · Fürsprecher
Oberhelfenswil
(Kt. St. Gallen)

Bern — Buchdruckerei E. Bühlmann & Co. — 1932.

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Disposition.

Seite

I. Allgemeines 7

1. Geschichtliches 7
2. Begriff und Rechtsnatur 10

II. Voraussetzungen der einstweiligen Verfügungen . 14

1. Sicherung eines Streitgegenstandes 15
2. Provisorische Verwirklichung von Besitzansprüchen 24
3. Antizipierte Befriedigung von Rechtsansprüchen 32

III. Das Verfahren 38

1. Die Zuständigkeit 41
2. Einleitung des Verfahrens 46
3. Durchführung des Verfahrens 53

IV. Der Entscheid 59

1. Die Art der einstweiligen Verfügung 59
2. Auflage einer Sicherheitsleistung 63
3. Die Fristansetzung zum Hauptprozess 66
4. Der Kostenspruch 69
5. Wirksamkeit und Abänderlichkeit des Entscheides 71

V. Die Vollstreckung 74

VI. Die Weiterziehung 78

1. Die Appellation 78
2. Die Nichtigkeitsklage 82
3. Die Beschwerde 85

VII. Die Schadenersatzpflicht 87

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41544718_0013

Literatur.

Baur: Das summarische Verfahren. Diss. Zürich 1927.
Bayer: Theorie des summarischen Prozesses. München 1830.
Becker: Kommentar zum O. R. (in Gmürs Kommentar zum Z. G. B.).
Blumenstein: Handbuch des schweiz. Schuldbetreibungsrechtes. Bern 1911.
Burckhardt: Kommentar zur Bundesverfassung (B. V.). Bern 1914 und 1931.
Curti A.: Englands Zivilprozess, 1928.
Garsonnet: Traité théorique et pratique de Procédure. 1898—1904.
Goldschmidt: Zivilprozessrecht, 1929.
Hellwig: System des deutschen Zivilprozessrechtes. Leipzig 1912.
Heusler: Der Zivilprozess der Schweiz. Mannheim 1923.
Huber E.: Recht und Rechtsverwirklichung. Basel 1925.
Jäger: Das Bundesgesetz betr. Schuldbetreibung und Konkurs. Zürich 1911.
Kling: Du référé et de ses applications en jurisprudence. Paris 1905.
Leemann: Sachenrecht in Gmürs Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht (Z. G. B.).
Leemann: Grundbuchsperren nach kantonalem Recht, Juristenzeitschrift, Band 23, 209 ff.
Leuch: Die Zivilprozessordnung für den Kanton Bern. 1922.
Linde: Lehrbuch des gemeinen deutschen Zivilprozesses. Bonn 1838.
Oser: Kommentar zum schweizerischen Obligationenrecht (O. R.). Zürich 1915 und 1930.
Ostertag: Kommentar zum Sachenrecht (in Gmürs Kommentar zum Z.G.B.).
Pillichody: Bernischer Zivilprozess. Bern 1906.
Reinwald: Kommentar zum Gesetzbuch über das gerichtliche Verfahren in bürgerlichen Rechtssachen. Bern 1848.
Schmidt: Lehrbuch des deutschen Zivilprozesses. Leipzig 1910.
Stein: Kommentar zur deutschen Zivilprozessordnung. 10. Auflage.
Strässli: Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung. Winterthur 1896.
Von Tuhr: Allgemeiner Teil des Schweiz. O. R. Tübingen 1925.
Vangerow: Pandekten, 1863.
Wetzell: System des ordentlichen Zivilprozesses. Leipzig 1861.
Wieland: Kommentar zum Sachenrecht. Zürich 1909.
Windscheid: Pandekten, 1887.
Blätter für zürcherische Rechtssprechung.
Bundesgerichtliche Entscheidungen (B. G. E.).
Entwurf einer Zivilprozessordnung für den Kanton Bern (A. Reichel). Bern 1905.
Geschäftsberichte des bernischen Obergerichts.
Monatsblatt für bernische Rechtssprechung (M.).
Motive zum Entwurf einer Zivilprozessordnung.
Schweizerische Juristenzeitung (S. J.).
Tagblatt des Grossen Rates des Kantons Bern; Jahrgang 1917 und 1918.
Zeitschrift des bernischen Juristenvereins (Z.).

stration (sequestratio necessaria). Sie wurde angeordnet zum Beispiel, um vorläufig die Dos der Ehefrau vor ehemännlicher Verschwendung zu sichern, um eine bewegliche Sache bis zur Rechtskraft des Urteils der Exekution zu erhalten und dergleichen mehr. Zuweilen nahm der Richter die sequestrierte Sache in seine eigene Obhut (sequestratio judicialis) [4]).

Besonders in *Besitzstreitigkeiten* wurde der Richter für berechtigt erklärt, den Parteien ex officio jede Besitzhandlung zu untersagen, oder durch Sequestration des Streitobjektes unmöglich zu machen, und damit die Einleitung eines ausserordentlichen Verfahrens über ihre Ansprüche zu verbinden [5]).

Im *gemeinen Recht* hat sich nach dem Muster des kanonischen Prozesses (die sogenannte Clementina Saepe vom Jahre 1306) das *summarische Verfahren* ausgebildet. Zu den Hauptarten des summarischen Prozesses gehörten die *Kaution- und Arrestsachen,* in welchen ein Recht auf einseitige Sicherstellung entweder der gerichtlichen Verfolgung, oder der künftigen exekutiven Realisierung eines noch nicht förmlich feststehenden oder nicht exigiblen Hauptrechtes geltend gemacht wurde. Auch *possessorische Streitsachen* gehörten dazu, in welchen Rechte am Besitz im sogenannten Summariissimum verfolgt wurden [6]).

Eine besondere Ausbildung erfuhr der provisorische richterliche Schutz im *französischen Prozessrecht* [7]). Es besitzt ein spezielles Verfahren «sur référé», welches in Fällen der Dringlichkeit angewendet wird, wenn Gefahr im Verzuge ist und dieser Verzug für eine der Parteien nachteilig wirken kann. Der älteren Gerichtspraxis, — im Anschluss an den Titel XVII der Zivilprozessordnung von 1667 — entsprossen, wurde es nach und nach zu einer dauernden Institution des französischen Prozessrechtes.

Im Sinne dieses Verfahrens kann der Präsident des Tribunals in allen Sachen, welche sofortige Abhilfe verlangen, von Seiten des Klägers um Schutz angegangen werden. Der Richter kann daraufhin innert kürzester Frist den Beklagten vorladen und einen Entscheid — genannt Ordonnance de référé — erlassen. Dieser Befehl stellt eine provisorische Verfügung dar, die für ein nach-

---

[4]) Vangerow § 189 bis 193, Windscheid § 134, Brinz § 101

[5]) Wetzell, Seite 202.

[6]) Linde, Seite 400, Bayer, Seite 15.

[7]) *Kling:* Pag. 4. *E. Garsonnet:* Bd. II, S. 228; Bd. VIII, S. 282.

folgendes ordentliches Verfahren in keiner Weise präjudizierlich ist (Art. 8 C. d. pr.).

Im *Kanton Bern* ist das Gesetzbuch über das gerichtliche Verfahren in Zivilrechtssachen für die Stadt und Republik Bern vom 26. März 1821 als das erste allgemeine Spezialgesetz über den Zivilprozess anzusprechen. Bis zum Inkrafttreten desselben (1. April 1823) galten in den alten Oberämtern (alter Kantonsteil) der dritte Teil der Gerichtssatzung vom Jahre 1761, in den leberbergischen Oberämtern die 516 ersten Artikel des Code de procédure civile.

Schon in diesem Gesetzeswerk von 1821 bildet der sechste Titel seines besonderen Teiles einen eigenen Abschnitt: *«Von provisorischen Verfügungen»* (298—306. Satzung). Danach war eine provisorische Verfügung in denjenigen Fällen zulässig, wo einer Partei ein nicht leicht zu ersetzender Schaden bevorstand, der dann durch eine durch den Richter noch vor der Beurteilung des Streites zu treffende Anordnung abgewendet werden konnte (Satz. 298).

Durch die Verfügung soll an dem bestehenden Zustande von Sachen durchaus nicht *mehr* verändert werden, als der Zweck, zu welchem sie erkannt wird dies schlechtweg notwendig macht (Satz. 299). Daraus ist zu schliessen, dass sich diese Verfügungen nicht auf Geldforderungen, sondern lediglich auf Realforderungen beziehen konnten, und dass sie nur konservatorischer Natur waren.

Was das Verfahren betrifft, konnte eine solche Verfügung ohne Zusammenhang mit einem Prozess, oder während eines solchen beantragt werden (Satz. 300). Der Antrag musste durch einen schriftlichen Beleg bescheinigt werden, sei es durch eine beglaubigte Abschrift von Urkunden oder ein schriftliches, durch Angelöbnis eventuell zu bekräftigendes Zeugnis, oder auch durch einen Augenschein (Satz. 301). Der Richter konnte mit oder ohne Sicherheitsleistung des Impetranten (Satz. 299) — bei Gefahr ohne Verhör des Gegners (Satz. 302), sonst nach Verhör desselben (Satz. 303, 304) — die Verfügung treffen. Sie war bei Aenderung der Sachlage rektifizierbar, für einen spätern Prozess nicht präjudiziell (Satz. 306) und bei Appellabilität der Hauptsache weiterziehbar (Satz. 305).

Die *Zivilprozessordnung* (Gesetzbuch über das gerichtliche Verfahren in bürgerlichen Rechtssachen für den Kanton Bern vom 31. Juli 1847) hat die Fälle der Zulässigkeit der provisorischen

Verfügungen nicht eigentlich erweitert, sondern nur dahin spezifiziert, dass sie bedrohten Besitzstand, Veränderungen an einem Streitgegenstand und bevorstehenden nicht leicht ersetzlichen Schaden umfassen (§ 316). Umfang und Wirksamkeit der provisorischen Verfügungen, sowie das Verfahren blieben im wesentlichen durch die Revision von 1883 unverändert (§ 306). Nur die Bescheinigungsmittel wurden nicht mehr durch gesetzliche Enumeration beschränkt.

Mit unbedeutenden Abänderungen blieb somit das Gesetz von 1847 bis zum Inkrafttreten der geltenden Zivilprozessordnung vom 7. Juli 1918, d. i. bis 1. September 1918 in Wirksamkeit. Dieses hat die «einstweiligen Verfügungen» als eine in das Gebiet des summarischen Verfahrens (Art. 305—332) fallende Prozessart, in dem diesem Verfahren gewidmeten zweiten Abschnitt des besonderen Teiles (Art. 326—332) behandelt und das Anwendungsgebiet dieser Verfügungen bedeutend erweitert.

2. Begriff und Rechtsnatur.

Die einstweiligen Verfügungen der Art. 326 ff. weisen kein einheitliches Gepräge auf. Betrachten wir die Zwecke etwas näher, welchen diese Verfügungen dienen sollen, so finden wir derer zwei:

1. Sicherung der unveränderten *Erhaltung* des Streitgegenstandes (Art. 326, Ziff. 1).
2. Vorläufige Verurteilung zur *Befriedigung* des Anspruches (Art. 326 Ziff. 2 und 3).

In dem einen Falle handelt es sich also um *konservatorische Massregeln,* in dem andern um eine *antizipierte Beurteilung* eines Rechtsanspruches, verbunden mit einer *antizipierten Vollstreckung.*

Die konservatorischen Massregeln sind die Folge eines *prozessrechtlichen Verbotes* der Veränderung und Veräusserung der streitbefangenen Sache (Art. 161, Abs. 3). Nach Zivilrecht (Z. G. B.) und O. R.) ist die gegen dieses Verbot vorgenommene Veräusserung gültig; sie verpflichtet jedoch kraft kantonalen Rechtes zu Schadenersatz [8]). Die einstweilige Verfügung der Ziff. 1 von Art. 326 will nun diesem Schaden vorbeugen, indem sie Zuwiderhandlungen gegen Art. 161, ab. 3 direkt verhindert.

[8]) Leuch N 7, Art. 161.

Bei den einstweiligen Verfügungen der Ziff. 2 und 3 von Art. 326 handelt es sich um viel weitergehende Massnahmen, als um die blosse Aufrechterhaltung eines tatsächlichen Zustandes. Sie bezwecken eine vorläufige Verurteilung zur Befriedigung eines Anspruches.

Trotz dieser Verschiedenheit, die durch die weiteren Darlegungen im II. Kapitel — denen hier nicht vorgegriffen werden soll — noch klarer hervortreten wird, sind die beiden Arten von Verfügungen auf einen gemeinsamen Nenner zu bringen. Die Verfügungen der Ziff. 3 bezeichnet der Text selbst als solche zum Schutze von gefährdeten Rechtsansprüchen. Die Verfügungen der Ziff. 2 werden als solche zum Schutze eines bedrohten, entzogenen oder vorenthaltenen Besitzes bezeichnet. Es sind dies, wie aus den weiteren Ausführungen unter II, 2 hervorgehen wird, bald faktische (possessorische) und bald rechtliche Ansprüche.

Da auch die Verfügungen der Ziff. 1 von Art. 326 dem Schutze eines Anspruches dienen, können wir somit kurz die einstweiligen Verfügungen des bernischen Rechtes als Sicherungsmittel der Rechtsverwirklichung bezeichnen, das heisst als Rechtsmittel, die das Resultat eines bereits eingeleiteten oder bevorstehenden Rechtsstreites sichern sollen. Sie dienen nicht der Rechtsverwirklichung selbst, sondern der vorsorglichen Sicherung ihres Erfolges. Im Gegensatz zum repressiven Charakter des Urteils sind sie auf prohibitive Wirkung berechnet. Art. 326 bezeichnet sie daher mit Recht als «vorsorgliche Massnahmen».

« Einstweilig » sind aber diese Verfügungen nicht in dem Sinne, dass ihnen eine endgültige richterliche Entscheidung im ordentlichen Prozesse nachfolgen muss (Art. 330). Wie die Ausführungen unter IV, 2 ergeben werden, bleibt es in zahlreichen Fällen bei der einstweiligen Verfügung, ohne dass ihr ein Hauptprozess nachfolgt. Häufig kann es sich nach der durch die Verfügung geschaffenen Sachlage überhaupt nur noch um einen Schadenersatzanspruch im Hauptprozesse handeln (Art. 332).

Das «Einstweilige» liegt nach dem bernischen Recht vielmehr darin, dass die Verfügung die Streitfrage in keinem Falle zur Entscheidung bringt, sondern dass sie als vorläufig gedacht ist, und, soweit nicht schon der Richter von sich aus ihre Aufrechterhaltung von der befristeten Anhebung des Hauptprozesses

abhängig macht, es jeder Partei offen steht, nach Bedarf und Interesse eine solche Entscheidung herbeizuführen.

Die einstweilige Verfügung ist ein *Institut des Zivilprozesses.* Ihrer *rechtlichen Natur* nach stellt sie sich verschieden dar, je nachdem sie in einem hängigen Prozess oder ausserhalb desselben getroffen wird. Im hängigen Prozess erscheint sie als eine Anordnung des Instruktionsrichters *prozessleitender Natur* (Inzident des Hauptprozesses) [9]) doch mit Reflexwirkungen auf das materielle Recht. Ihre prozessleitende Natur zeigt sich darin, dass das Gericht in der Hauptverhandlung auf diese Verfügung des Instruktionsrichters zurückkommen kann [10]). Sie zeitigt ihrer Natur gemäss keinen Kostenentscheid [11]) und unterliegt keiner selbständigen Anfechtung durch ein Rechtsmittel (Art. 336, ab. 3 und Art. 359).

Hingegen bildet die einstweilige Verfügung ausserhalb eines hängigen Rechtsstreites eine *selbständige richterliche Entscheidung* über eine materiell-rechtliche Frage, in einem formellen in sich abgeschlossenen Verfahren. Sie ist der *formalen Rechtskraft fähig* und in den Wertgrenzen der Appellation selbständig anfechtbar (Art. 338, ab. 3).

Von einem Endurteil unterscheidet sie sich aber durch das Fehlen der materiellen Rechtskraft, indem der Richter, der die einstweilige Verfügung erlassen hat, sie selbst (auf Antrag der Parteien) jederzeit aufheben, abändern oder beschränken kann (Art. 331) [12]), wobei sie auch eo ipso dahinfällt, sobald über die Sache selbst ein rechtskräftiges Urteil ergangen ist (Art. 330, ab. 2).

Vom *Arrest* (Art. 271 Sch. K. G.) unterscheidet sich die einstweilige Verfügung dadurch, dass sie ein Institut des Zivilprozesses ist, während der Arrest ein betreibungsrechtliches Institut darstellt. Dem Gegenstande nach ist der Arrest ein Sicherungsmittel zum Schutze von *Geld- oder Sicherheitsansprüchen,* während die einstweilige Verfügung andere Ansprüche, meist Realforderungen betrifft (B. G. E., Band 41, I, 204). Die Zulässigkeit des Arrestes ist durch das Vorhandensein der besonderen gesetzlichen Arrest-

[9]) Z Band 57, Seite 470.
[10]) *Leuch:* N 1, Art. 8.
[11]) *Leuch:* N 2, Art. 327.
[12]) Z Band 64, Seite 562.

gründe bedingt. Soweit die Sicherstellung des Gläubigers es erfordert, ist der Arrest auf alle erreichbaren Vermögensstücke des Schuldners auszudehnen. Er soll einen zur Deckung des Gläubigers ausreichenden Vermögenswert erhalten [13]).

Dagegen betreffen die einstweiligen Verfügungen entweder die Erhaltung eines *individuell* bestimmten, nicht in Geld bestehenden Leistungsgegenstandes, oder die Erfüllung einer solchen Leistung, die auch in einer Unterlassung bestehen kann.

Ein weiterer, vielleicht der wichtigste Gegensatz, beruht auf der Verschiedenheit der *Gefährdung,* gegen welche die Massnahme schützen soll: der Arrest dient nur zum Schutze gegen die Gefahren der Zukunft (der zukünftigen Nichtbefriedigung des Anspruches), die einstweilige Verfügung gegen die der *Gegenwart,* der infolge des Aufschubes der Erfüllung und der sonstigen Störung des Rechtsfriedens dem Gläubiger dauernd drohenden Nachteile [14]). Bei der einstweiligen Verfügung muss ein *fälliger* und klagbarer Anspruch vorliegen, sonst hätte die Fristansetzung zur Klage nach Art. 330 keinen Sinn (vgl. auch Ziff. 3 von Art. 326), während Arrest auch für nichtfällige Ansprüche genommen werden kann (Art. 271 Abs. 3 Sch. K. G.).

Eine Arrestlegung für persönliche Forderungen auf das Vermögen eines Schuldners ausserhalb des Kantons, in welchem er wohnt, ist durch Art. 59 B. V. untersagt, nicht aber eine einstweilige Verfügung, die solches Vermögen betrifft.

Von den Massnahmen und Verfügungen auf Grundlage des Zivilrechtes (Art. 322) unterscheiden sich die einstweiligen Verfügungen in folgendem:

Bei diesen Massnahmen handelt es sich um Akte der sog. freiwilligen (nicht streitigen) Gerichtsbarkeit. Es sind keine Massnahmen auf Grund des Prozessrechtes wie die einstweiligen Verfügungen sie darstellen, die im Hinblick auf einen hängigen oder bevorstehenden Rechtsstreit getroffen werden, vielmehr sind es Massnahmen, die nach *Zivilrecht* auf einseitigen Antrag hin, ohne Rücksicht auf ein Streitverhältnis vorgesehen sind. Sie stellen keine einstweiligen, sondern endgültige Massnahmen dar. Mit den einst-

[13]) *Jäger:* II, Seite 295; B. G. E., Bd. 18, S. 49, Bd. 26, I, S. 56, Bd. 38, I, S. 510; 41, I, 204. J. Z. Bd. 10, Seite 349.

[14]) *Hellwig:* System des deutschen Zivilprozesses II, 454. *Stein:* III und IV zu § 916 deutsche Z. P. O.

weiligen Verfügungen gemeinsam haben sie den Mangel materieller Rechtskraft (B. G. E., Band 35, I, 602) [15]; ferner ihre Durchführung im summarischen Verfahren.

Die einstweiligen Verfügungen unterscheiden sich aber auch vom *Befehlsverfahren,* wie manche Kantone es kennen (zum Beispiel Zürich, § 292 Z. P. O.). In diesem handelt es sich um die schnelle Handhabung klaren Rechts bei nichtstreitigen, oder sofort herstellbaren tatsächlichen Verhältnissen. Die Konnexität zwischen summarischem und ordentlichem Verfahren ist hier nicht Vorbedingung [16]. Es müssen nur folgende Voraussetzungen erfüllt sein:

a) Liquide *tatsächliche* Verhältnisse, das heisst das Begehren muss sich auf nicht mehr streitige und festgestellte Tatsachen stützen. Diese Liquidität wird vornehmlich durch Urkunden hergestellt, aber auch durch gesetzliche oder administrative Vorschriften.

b) Es dürfen *nicht erhebliche Einreden* wahrscheinlich gemacht werden.

c) Die Rechtsgrundsätze, welche bei der Entscheidung zur Anwendung gelangen, müssen «indubitati juris» sein.

Im wesentlichen handelt es sich beim Befehlsverfahren um *Realexekution von Ansprüchen ohne Urteil.* Der Zweck ist also rasche Rechtsverwirklichung und nicht vorläufige Sicherstellung des Resultates einer künftigen Rechtsverwirklichung. Das bernische Recht kennt ein derartiges Befehlsverfahren nicht [17].

II. Voraussetzungen der einstweiligen Verfügungen.

Der Erlass einer provisorischen Verfügung kann nur auf Parteiantrag erfolgen und ist an gesetzlich genau festgelegte Voraussetzungen (Gründe) geknüpft. Diese Voraussetzungen sind in Art. 326, Ziff. 1—3 aufgezählt.

Diese Aufzählung ist erschöpfend («aus einem der folgenden Gründe . . .») [18].

---

[15]) Z. R., Bd. 19, Seite 114. *Leuch:* N 11 a., Art. 192.

[16]) *Baur:* Seite 72.

[17]) Z II, 132.

[18]) Mit Recht wurde daher eine einstweilige Verfügung zur *Abklärung eines Sachverhaltes* (Feststellung des Vorrates nachgemachter Markenartikel) als unzulässig erachtet und auf die solchen Zwecken dienende vorsorgliche Beweisführung (Art. 222—228) verwiesen. Z Bd. 58, 321.

Bei Vorhandensein einer dieser Gründe muss der begehrenden Partei die entsprechende Verfügung gewährt werden; sie hat ein Recht auf Erlass der vorsorglichen Massnahme. Der Wortlaut des Art. 326 («Der Richter *kann* . . . eine einstweilige Verfügung treffen») scheint den Erlass der Verfügung auch bei vorliegenden gesetzlichen Gründen dem Ermessen des Richters überlassen zu wollen. Allein diese Fassung ist offenbar auf ein Redaktionsversehen zurückzuführen [19]).

Dass der genannte Passus des Art. 326 einer Korrektur bedarf, erweist ein Vergleich mit Art. 161, letzter Satz: «Der Kläger ist überdies *berechtigt*, jede wesentliche Veränderung oder eine Veräusserung des Streitgegenstandes durch eine einstweilige Verfügung zu *verhindern*». Es wird damit dem Kläger nicht etwa eine nach richterlichem Ermessen zu gewährende vorsorgliche Massnahme in Aussicht gestellt, sondern ein festes Recht, ein prozessualer Anspruch auf Verhinderung der genannten gegnerischen Handlung gewährt. Insbesondere wird auch die Form dieser Sicherung festgelegt: «Der Erlass einer einstweiligen Verfügung».

Danach erscheint jeder Zweifel darüber ausgeschlossen, dass im Falle der Ziff. 1, Art. 326 die einstweilige Verfügung nicht vom richterlichen Ermessen, sondern lediglich vom Vorhandensein der dort selbst genannten Voraussetzungen und einem darauf gestützten Parteiantrag abhängt. Zur Annahme aber, dass nur die Voraussetzung der Ziff. 1, Art. 326 der gefährdeten Partei ein Recht auf eine einstweilige Verfügung gewähren soll, nicht aber die Voraussetzungen der Ziff. 2 oder 3, liegt kein Grund vor. Das Gesetz macht auch zwischen denselben keinen Unterschied, noch würde sich ein solcher aus logischen oder praktischen Gründen rechtfertigen.

Nach dieser Feststellung können wir des Näheren auf die einzelnen Voraussetzungen einer einstweiligen Verfügung eintreten.

1. Sicherung eines Streitgegenstandes.

Ziff. 1, Art. 326 gewährt eine einstweilige Verfügung « wider wesentliche Veränderungen oder Veräusserungen des Streitgegen-

---

[19]) So auch *Leuch* N 2, Art. 326, unter Hinweis auf den Text des § 306 des früheren Gesetzes (« . . . kann verlangt werden») aber ohne nähere Begründung im geltenden Gesetz.

standes nach Einreichung der Klage». Damit diese Voraussetzung erfüllt sei, ist danach gefordert:

a) eine eingereichte *Klage;*
b) der *Streitgegenstand* derselben als Objekt der Verfügung, und
c) eine drohende *Veränderung* oder *Veräusserung* dieses Streitgegenstandes.

a) Rechtshängigkeit der Klage.

Die Massnahme der Ziff. 1 kann nur einen im Rechtsstreite befindlichen Gegenstand betreffen. Sie ist *frühestens* zulässig nach Einreichung der Klage. Auf das Sühneverfahren findet Ziff. 1 keine Anwendung. Die Einreichung ist die beim Richter (Art. 160); sie ist vollzogen mit dem Eingang bei der Gerichtsschreiberei, nicht schon mit der blossen Aufgabe zur Post, welche nur für die Einhaltung von Fristen entscheidend ist (Art. 99). Sie ist also identisch mit der *Rechtshängigkeit der Streitsache,* da dieselbe eben mit der Einreichung beim Richter eintritt (Art. 160).

In *Kompetenzsachen* entspricht der Klage das beim Gerichtspräsidenten angebrachte Gesuch um amtliche Ladung (Art. 294). Da auch vor *Schiedsgericht* das ordentliche Verfahren mit den für Kompetenzsachen vorgesehenen Vereinfachungen gilt — soweit die Parteien das Verfahren nicht anders bestimmt haben (Art. 387) — so ist Ziff. 1, Art. 326 auch auf das Schiedsverfahren anzuwenden. Ist eine Klage nach Parteibestimmung nicht vorgesehen, so tritt die Streithängigkeit schon mit der Uebertragung der Sache an das Schiedsgericht ein (B. G. E., Band 43, 1, 56), und Ziff. 1, Art. 326 wird schon in diesem Zeitpunkte anwendbar.

Der Klage gleichzustellen ist die Erhebung einer *Widerklage,* da sie eine selbständige neue Klage darstellt (Art. 170). Aber auch ein *neuer im Laufe des Prozesses erhobener Anspruch* ist einer Klageeinreichung gleichzustellen, sofern er ohne Einwilligung der Gegenpartei zulässig ist, oder durch den Richter zugelassen wird (Art. 94).

Ziff. 1 bestimmt nur den frühesten Zeitpunkt der Zulässigkeit einer einstweiligen Verfügung betreffend einen im Streite liegenden Gegenstand. Von diesem Zeitpunkt hinweg kann die Verfügung in jedem Stadium des Prozesses verlangt werden, insbesondere auch im Rechtsmittelverfahren bis zum Urteil der höchsten Instanz. Ist der Prozess infolge Berufung beim Bundesgericht an-

hängig, so kann eine einstweilige Verfügung aus Ziff. 1 auch noch bis zum Urteil des Bundesgerichtes verlangt werden [20]).

Erst mit der Ausfällung des Urteils in höchster Instanz, aber auch schon mit der Rechtskraft eines unterinstanzlichen Urteils hört die Rechtshängigkeit der Streitsache auf. Ein auf Ziff. 1 gestütztes Gesuch um Erlass einer einstweiligen Verfügung ist daher von diesem Zeitpunkte an nicht mehr zulässig. Soweit das Urteil noch nicht vollstreckbar ist, könnte das Gesuch gegebenenfalls auf Ziff. 3, Art. 326 gestützt werden.

Naturgemäss ist das Gesuch überhaupt nicht mehr zulässig, wenn der Rechtsstreit vom Gericht als erledigt erklärt wurde, weil er gegenstandslos geworden, oder mangels rechtlichen Interesses dahingefallen ist (Art. 203).

Voraussetzung ist die Rechtshängigkeit und nicht die Begründetheit des Klageanspruches. Fraglich könnte nur sein, ob dem Richter zugemutet werden kann, auf eine *offenbar unbegründete* Klage hin, gegen seine Ueberzeugung eine einstweilige Verfügung zu erlassen, einzig weil die formalen Momente zutreffen. Eine einfache Erwägung ergibt, dass es der Würde und dem Interesse des Staates nicht entsprechen kann, zu weitgehenden Eingriffen in die Privatrechtssphäre auf eine offenbar unbegründete Rechtsschrift hin seinen Arm zu leihen. Es fragt sich nur, ob der Richter eine Handhabe hat, ein solches Gesuch trotz Zutreffens der formalen Voraussetzungen abzuweisen.

Leuch [21]) lässt in diesem Falle die einstweilige Verfügung versagen, mangels eines rechtlichen Interesses des Gesuchstellers. Wir können uns dieser Ansicht nicht anschliessen. Richtig ist, dass jedes Rechtsmittel ein rechtliches Interesse der Partei voraussetzt, die es ergreift. Allein über das rechtliche Interesse hat das Urteil abzusprechen und der Richter, der das Nichtvorhandensein eines solchen Interesses zur Begründung der Abweisung einer beantragten einstweiligen Verfügung nimmt, würde dem Urteil vorgreifen, indem er schon zum voraus die Klage als unbegründet bezeichnet.

Im übrigen würde man auf diesem Umweg «richterliches Ermessen» bei der Bewilligung oder Abweisung der einstweiligen Verfügung einführen, was — wie bereits angeführt — im Geiste

[20]) Näheres unter III, 1 hernach.

[21]) *Leuch:* N 4, Art. 326.

des Gesetzes nicht begründet ist; denn auch darüber, wann eine «offenbar» unbegründete Klage vorliegt, dürften die Ansichten auseinandergehen.

Wir glauben daher, dass der Richter, selbst bei einer offenbar unbegründeten Klage die einstweilige Verfügung nach Ziffer 1 bewilligen muss, da auch Art. 161 beim Verbot der Veränderung und Veräusserung des Streitgegenstandes keinen Unterschied zwischen einer begründeten, unbegründeten oder offenbar unbegründeten Klage macht. Und was ist Ziff. 1, Art. 326 anderes, als eine Sanktion dieses ex lege bestehenden unbedingten Verbotes?

Der Richter muss dies umsomehr tun, als ja die einstweilige Verfügung im ganzen auf Kosten und Gefahr der beantragenden Partei geht (Art. 332), und für den eventuellen Schadenersatzanspruch der Gegenpartei sogar eine besondere Sicherheitsleistung des Gesuchstellers vorgesehen ist. An diese kann der Richter umso strengere Anforderungen stellen, je unsicherer ihm der Rechtsanspruch erscheint, da ja ein Schadenersatz je nach der Grösse des Verschuldens des Ersatzpflichtigen nicht nur den wirklichen Vermögensschaden (Vermögenseinbusse), sondern auch den entgangenen Gewinn und gegebenenfalls sogar Genugtuung für «tort moral» umfassen kann [22]). Je grösser aber der Betrag der Sicherheitsleistung ist, der dem Gesuchsteller auferlegt wird, umso geringer ist die Wahrscheinlichkeit, dass er auf der einstweiligen Verfügung beharrt.

Schliesslich kommt die Erwägung hinzu, dass die einstweilige Verfügung jederzeit, zum Beispiel nach abgeklärter Sachlage aufgehoben werden kann, sodass ein Abstellen auf die rein formalen Voraussetzungen keine wirkliche Gefahr für die Gegenpartei in sich zu bergen scheint.

b) Der Streitgegenstand als Objekt der Verfügung.

Unter Streitgegenstand hat das frühere Recht, das eine der Ziff. 1, Art. 326 analoge Bestimmung (§ 306, Ziff. 2) aufwies, in einschränkender Interpretation nur körperliche Sachen und dingliche Rechte an solchen verstanden, nicht auch andere Gegenstände (zum Beispiel Forderungen). Diese Einschränkung des Begriffes gründete sich darauf, dass der Wendung «Veränderungen

[22]) *Von Tuhr:* Seite 84; *Becker:* Bemerkung 19 und 20 zum Art. 97; *Oser:* V, 1 c, Art. 43. Praxis: Band 8, No. 100 und Band 10, No. 127.

am Streitgegenstand» offenbar die Vorstellung einer konkreten Einwirkung auf den sog. Streitgegenstand zugrunde liege, was bei einem streitigen Recht ausgeschlossen sei. Auch die Verweisung des § 306, Ziff. 2 des alten Gesetzes auf § 137, II, wo vom Recht des Besitzers die Rede war, schien anzudeuten, dass es sich nur um Gegenstände handeln müsse, die eines Besitzes fähig sind, also um körperliche Sachen, bezw. dingliche Rechte an solchen.

Schliesslich schien auch die Entstehungsgeschichte darauf hinzuweisen, indem die Ziff. 1 (Schutz des Besitzstandes) und 2, § 306 als Novum gegenüber dem Gesetze von 1821 — das lediglich den der Ziff. 3, § 306 entsprechenden Fall einer provisorischen Verfügung gekannt hat — zusammen aufgenommen wurden, und der Berichterstatter sowohl Ziff. 1 als 2 auf die Bestimmungen des materiellen Besitzrechtes zurückführte [23]).

Diese Begründung trifft für das geltende Recht nicht zu. Zunächst ist nicht von Veränderungen « am Streitgegenstand » die Rede, sondern von Veränderungen «des Streitgegenstandes». Sodann umfasst Ziff. 1, Art. 326 im Gegensatz zu Ziff. 2, § 306 nicht nur Veränderungen, sondern auch Veräusserungen des Streitgegenstandes, die auch bei Forderungen möglich sind. Ferner ist die einstweilige Verfügung wider wesentliche Veränderungen und Veräusserungen (Ziff. 1) derjenigen zum Schutze eines bedrohten Besitzstandes vorangestellt, und mit ihr nicht in Zusammenhang gebracht. Schliesslich deckt sich Ziff. 1, Art. 326 mit Art. 161, letzter Absatz, wo von Streitgegenstand schlechthin die Rede ist, ohne dass irgendwelche Anhaltspunkte zu einer Unterscheidung gegeben sind.

Danach ist Streitgegenstand im Sinne der Ziff. 1 jeder individuell bestimmte Gegenstand, sei er sachlicher oder *rechtlicher* Natur [24]). So zum Beispiel der Anspruch auf Abtretung einer Forderung, eines Patentes, einer Lizenz, eines Muster- und Markenrechts und dergleichen mehr. Eine Ausnahme bilden immerhin Geldforderungen, da die Sicherstellung solcher bundesrechtlich geordnet ist (Art. 38 und 271 ff. Sch. K. G.; vergleiche auch Ziff. 3, Art. 326 Z. P. O.). Darum kann in einem hängigen *Anfechtungsprozess* (Art. 285 ff. Sch. K. G.) eine einstweilige Verfügung nur

[23]) M Band 10, 205; Z Band 29, 228; M Band 15, 111; Z Band 34, 191; Z Band 38, 98; Z Band 53, 461.

[24]) *Leuch:* N 4, Art. 326.

beantragt werden, solange es sich um die Herausgabe bestimmter Sachen, nicht aber um den Wertersatz handelt [25]).

c) Drohende Veränderung oder Veräusserung.

Die Verfügung kann gefordert werden gegen jede drohende wesentliche Veränderung oder Veräusserung des Streitgegenstandes, durch welche der Erfolg eines obsiegenden Urteils im Prozesse gefährdet werden könnte. Das Gesetz insbesondere macht zwischen faktischen und rechtlichen Veränderungen keinen Unterschied. Einen solchen Unterschied kannte bloss die Praxis des alten Prozesses; sie hat die einstweilige Verfügung auf faktische Veränderungen beschränkt, weil sich der Wortlaut der Ziffer 2, § 306 des alten Gesetzes mit demjenigen seines § 137, II, nicht deckte. Gemäss § 137, II, waren nach eingetretener Rechtshängigkeit sowohl Veräusserungen als auch Veränderungen am Streitgegenstand untersagt, während die einstweilige Verfügung der Ziff. II, § 306, nur gegen Veränderungen, nicht aber auch gegen Veräusserungen gerichtet war.

Eine solche Divergenz zwischen den Wirkungen der Rechtshängigkeit und dem Schutze durch «einstweilige Verfügung» kennt das geltende Recht nicht mehr. Art. 161, letzter Absatz, und Art. 326, Ziffer 1 decken sich inhaltlich. Es besteht also kein Anlass, Differenzierungen zu machen, die das Gesetz nicht kennt; sie wären übrigens auch anfechtbar. Geht zum Beispiel der Streit um eine Liegenschaft, so kann der Erfolg eines siegreichen Prozesses ebensogut durch Veräusserung oder Deteriorierung der Liegenschaft gefährdet werden, wie durch eine rechtliche Veränderung an derselben (zum Beispiel durch Belastung mit Pfandrechten, Grundlasten, Dienstbarkeiten).

Welchen Sinn hätte also der Schutz durch ein Veräusserungs- oder Deteriorierungsverbot, wenn der Weg zu einer Ueberlastung der gleichen Liegenschaft — die sie für den Gegner vollständig entwerten kann — offen bliebe? Das gleiche bezieht sich naturgemäss auch auf Forderungen und Rechte. Durch die Verpfändung einer streitbefangenen Forderung kann die auf Abtretung dieser Forderung klagende Partei nicht weniger geschädigt werden, wie durch eine Veräusserung.

---

[25]) *Stein:* Kommentar zur deutschen Zivilprozess-Ordnung, Bemerkung II, § 935.

Es unterliegt somit keinem Zweifel, dass unter Veränderungen sowohl faktische wie rechtliche Veränderungen zu verstehen sind.

Die rechtliche oder faktische Veränderung muss den *Streitgegenstand* betreffen. Es dürfen also nicht durch einstweilige Verfügungen Veränderungen untersagt werden, die einen andern als den Streitgegenstand betreffen. Doch ist die Abgrenzung nicht immer leicht, und es darf wohl nicht allzu schematisch vorgegangen werden. Im Streit um eine Servitutberechtigung darf nach Leuch [26]) die Veräusserung des belasteten Grundstückes im Wege einer einstweiligen Verfügung nicht untersagt werden. Diese Ansicht dürfte kaum richtig sein. Streitgegenstand ist das Bestehen oder Nichtbestehen einer Dienstbarkeit an einer gewissen Liegenschaft. Nehmen wir an, der Kläger behauptet und stellt unter Beweis, der Beklagte habe ihm durch schriftliche, von ihm zurückbehaltene Urkunde eine Wegdienstbarkeit an seinem (Feld) Grundstück bestellt, und verlangt nun ihre Eintragung. Durch Veräusserung der Liegenschaft an einen gutgläubigen Erwerber geht das Recht des Klägers auf Eintragung des Servituts ohne weiteres unter, da der Dritterwerber durch die negative Rechtskraft der Grundbucheintragungen geschützt ist (Art. 973 Z. G. B.). Wird nun dem Kläger die beantragte einstweilige Verfügung auf Vormerkung eines Veräusserungsverbotes bei der betreffenden Liegenschaft versagt, weil die Liegenschaft als solche nicht Streitgegenstand ist, so steht es beim Beklagten, den Anspruch des Klägers durch Veräusserung der Liegenschaft illusorisch zu machen. Nun ist aber Streitgegenstand ein an der Liegenschaft zu begründendes dingliches Recht. Die Liegenschaft ist somit wenigstens das Substrat des streitigen Rechts, von dem sich letzteres gar nicht trennen lässt, nicht einmal begrifflich als getrennt zu denken ist. Jede Veränderung der Liegenschaft (durch Veräusserung, Belastung, Ueberbauung usw.) bedeutet zugleich eine Veränderung oder gar Vernichtung des Streitgegenstandes. Man kann somit nicht behaupten, dass die Liegenschaft nicht Streitgegenstand sei und durch eine einstweilige Verfügung nicht betroffen werden dürfe.

Anders liegen die Fälle, wo der sachliche Zusammenhang zwischen Streitgegenstand und Objekt der einstweiligen Verfügung nicht so eng ist.

---

[26]) *Leuch:* N 4, Art. 326.

Wird zum Beispiel der Generalversammlungsbeschluss einer Aktiengesellschaft betreffend Sitzverlegung angefochten, so ist es fraglich, ob eine einstweilige Verfügung Massnahmen untersagen kann, die eine solche Sitzverlegung vorbereiten (zum Beispiel Kündigung von Lokalitäten am alten Sitz, Miete von Lokalitäten am neuen Sitz u. dergl.). Streitgegenstand ist hier die Gültigkeit eines Generalversammlungsbeschlusses und Vorbereitungshandlungen zu dessen Ausführung können schwerlich als Veränderungen dieses Streitgegenstandes aufgefasst werden.

Eine Ortsveränderung ist u. E. keine «Veränderung des Streitgegenstandes». Doch kann hier Ziff. 3 ad Art. 326 helfen, da zum Beispiel eine Verschleppung ins Ausland eine « Vereitelung oder wesentliche Erschwerung » der Befriedigung nach sich zieht. Das Gesetz verlangt *wesentliche* Veränderungen. Was wesentlich ist, wird von Fall zu Fall nach Massgabe der Sachlage zu entscheiden sein. Jedenfalls werden Veränderungen, welche die Eigenart der Sache, ihre Zweckbestimmung oder einen bedeutenden Teil ihres Wertes betreffen, als wesentlich zu betrachten sein.

Der Wortlaut «wider Veränderungen» könnte zur Annahme verführen, dass die einstweilige Verfügung sich nur gegen bereits vorgenommene Veränderungen richtet. Das kann jedoch offenbar schon deswegen nicht stimmen, weil bei einer solchen Interpretation die einstweilige Verfügung in den meisten Fällen zu spät kommen würde. Eine rechtliche Veränderung, zum Beispiel eine Belastung der Streitsache mit Pfandrechten, Dienstbarkeiten usw. lässt sich durch eine einstweilige Verfügung nicht mehr rückgängig machen, ebensowenig eine Veräusserung. Aber auch faktische Veränderungen lassen oft eine «in integrum restitutio» nicht mehr zu (zum Beispiel Abholzen eines Waldes, Ausbeutung von Torflagern u. dergl. mehr).

Fraglich könnte nur sein, ob die einstweilige Verfügung der Ziff. 1 nur bei Nachweis, bezw. Glaubhaftmachung einer Gefahr (der Veränderung oder Veräusserung) oder schon bei blosser Möglichkeit einer solchen Gefahr zuzulasen ist. Die Praxis unter dem alten Recht verlangte den Nachweis von Tatsachen, welche eine Gefahr indizieren [27]). Sie berief sich dabei auf den Zusammenhang

[27]) *Reinwald:* Kommentar §§ 316, 317 Z. P. O. 1847; M, Band 15, 11; Z, Band 34, 191.

mit den andern Fällen einer einstweiligen Verfügung, wo ausdrücklich von Bedrohung die Rede war, ferner auf die alten Bestimmungen der §§ 308 und 311, wo von Gefahr und deren Nachweis gesprochen wird.

Auch im geltenden Recht könnte man sich darauf berufen, dass in Ziff. 2 und 3, Art. 326 von Bedrohung und Befürchtung die Rede ist, dass Art. 328 «bei dringender Gefahr» ein sofortiges Handeln des Richters zulässt, und dass Art. 331 von dahingefallener Gefahr spricht. Nichtsdestoweniger gehen wir mit Leuch [28]) darin einig, dass die einstweilige Verfügung der Ziff. 1, wenn sie ihren Zweck erfüllen soll, nicht nur bei glaubhaft gemachter Gefahr der Veränderung oder Veräusserung, sondern schon bei *Möglichkeit derselben* zulässig sein soll. Wir stützen uns dabei zunächst gerade auf den Wortlaut der Ziff. 1, der im — offenbar nicht rein zufälligen — Gegensatz zu Ziff. 2 und 3 nicht von drohender Gefahr spricht, sondern einfach von einer Massnahme «wider wesentliche Veränderungen oder Veräusserungen».

Sodann ist aber auch auf Art. 161, letzter Absatz, Rücksicht zu nehmen, der Veränderungen und Veräusserungen ohne weiteres ex lege untersagt, ein Verbot, zu dem Ziff. 1, Art. 326 eigentlich nichts anderes als die Sanktion bildet. Es treten *logische und praktische Gründe* hinzu. Bei der leichten Veräusserlichkeit und Belastungsmöglichkeit, wie sie in unserer Zeit selbst bei Immobilien vorhanden ist, würde eine eventuell beabsichtigte Transaktion zuungunsten des Prozessgegners längst vollendet sein, bevor dieser auch nur die Absicht in Erfahrung bringt, geschweige denn die Beweis- oder Bescheinigungsmittel dafür gesammelt hat.

Man denke zum Beispiel an den Fall, wo ein Inhaberpapier vindiziert wird, bei dem zur Uebereignung die blosse Uebergabe von Hand zu Hand genügt.

Ferner: die Uebertragung einer Liegenschaft bedarf zwar einer öffentlichen Beurkundung und Eintragung ins Grundbuch, aber für den Kläger ist der Vertragsabschluss seines Gegners mit einem Dritten bei einem Notar keineswegs öffentlich. Es kann dies nun so geheim geschehen, dass er davon erst erfährt, wenn die Eintragung ins Grundbuch bereits vollzogen ist. Im weiteren werden auch die Eintragungen ins Grundbuch (im Gegensatz zu denjenigen im Handelsregister) nicht veröffentlicht. Der Kläger müsste

[28]) *Leuch:* N 4, Art. 326.

somit durch tägliche, ja stündliche Einblicke ins Grundbuch sich die Kenntnisse eventueller Veränderungen verschaffen. Und im Augenblick, da die Veränderung eingetragen ist, wäre es zum Erlass und zur Eintragung eines Veräusserungsverbotes bereits zu spät.

Es liegt somit auf der Hand, dass die einstweilige Verfügung aus Ziff. 1 ihren Zweck in den meisten Fällen verfehlen würde, wenn sie nicht schon bei blosser Möglichkeit einer Veräusserung zulässig wäre.

Ueber den Inhalt (Art) der einstweiligen Verfügung nach Ziff. 1 wird unter IV, Abs. 1 hernach gesprochen werden. Hier sei nur vermerkt, dass sich die Art der Verfügung nach ihrem Zweck zu richten hat. Dieser ist ausschliesslich *Sicherungszweck,* und nicht antizipierte Erfüllung. Es kann also unter keinen Umständen eine Leistung an den Kläger in Betracht kommen, sondern lediglich eine rein konservatorische Massnahme.

2. Provisorische Verwirklichung von Besitzansprüchen.

Ziff. 2 von Art. 326 lässt eine einstweilige Verfügung zu, «zum Schutze eines bedrohten Besitzstandes, sowie zur Wiedererlangung eines widerrechtlich entzogenen oder vorenthaltenen Besitzes». Die entsprechende Bestimmung des alten Gesetzes hatte sie nur zum Schutze des bedrohten Besitzstandes zugelassen (§ 306, Ziff. 1).

Im Gegensatz zu Ziff. 1 fehlt bei der einstweiligen Verfügung der Ziff. 2 die Voraussetzung der streitbefangenen Sache und des Streitgegenstandes. Diese einstweilige Verfügung kann also ebensogut vor Einleitung eines Rechtsstreites wie während eines solchen verlangt werden. Es fehlt auch der reine Sicherungszweck; an seine Stelle tritt hier ein *Leistungszweck,* wie ihn auch das Urteil über eine Leistungsklage verfolgt. Der Unterschied zwischen einstweiliger Verfügung und Urteil liegt hier somit nicht im Inhalt der Verfügung, sondern lediglich in ihrem vorläufigen Charakter. Wie dieses Provisorium zu verstehen ist, wurde bereits unter I, 2 hievor ausgeführt.

Es trifft somit keine der Voraussetzungen der Ziff. 1 auf die einstweilige Verfügung aus Ziff. 2 zu. Sie baut sich vielmehr aus ganz selbständigen und unterschiedlichen Voraussetzungen auf. Diese sind Besitzschutzansprüche oder Besitzrechtsansprüche.

a) Besitzschutzansprüche.

Was Besitzschutzanspruch ist, bestimmt sich nach Zivilrecht. Es sind dies die in den Art. 927—929 geregelten Ansprüche aus Besitzesentziehung oder Besitzesstörung. Der Besitzer einer Sache kann lediglich unter Berufung darauf, dass er Besitzer sei — ohne Berufung auf ein Recht — Rückgabe der entwendeten Sache oder Beseitigung der Störung verlangen [29]). Besitzer in diesem Sinne ist nicht nur der Eigentümer (selbständiger Besitzer), sondern jeder, dem eine Sache zu einem beschränkt dinglichen oder persönlichen Recht übertragen wurde (Art. 920 Z. G. B.). Solche unselbständige Besitzer, die gleichfalls Besitzesschutz geniessen, sind zum Beispiel Mieter, Pächter, Pfandgläubiger, Aufbewahrer, Beauftragter, Vormund und Vorstand einer juristischen Person.

Doch kann bei Liegenschaften Besitzesschutz nur derjenige beanspruchen, der die tatsächliche Gewalt über das Grundstück hat; der Eigentümer, der das Grundstück verpachtet, in Nutzniessung übergeben hat usw., hat lediglich die weiter zu besprechende Besitzes-Rechtsklage [30]).

Aber nicht nur der Sachbesitzer, sondern auch der *Rechtsbesitzer* geniesst Besitzesschutz (Art. 919, II Z. G. B.).

Unter Rechtsbesitz im Gegensatze zum Sachbesitz versteht das Z. G. B. gemäss Art. 919, II die Ausübung gewisser dinglicher Rechte, die nur eine beschränkte Herrschaft gewähren: Grunddienstbarkeiten, beschränkte persönliche Dienstbarkeiten (Art. 781) und Grundlasten. Ferner fällt unter den Begriff des Rechtsbesitzes die Ausübung nachbarrechtlicher Befugnisse (zum Beispiel Notwegrecht, Leitungsrecht, Notbrunnenrecht), nicht aber das Recht der Grundpfand- und Gültgläubiger [31]). Ebensowenig gibt es einen Rechtsbesitz bei Immaterialgüterrechten (Patent-, Muster-, Markenrechte usw. [32]).

Die Bedrohung ist in der Regel nicht in blossen Worten zu erblicken. Mit Recht wurde (unter der alten Z. P. O.) das Begehren um Erlass einer einstweiligen Verfügung gegen eine Gemeinde abgewiesen, weil den Aeusserungen einzelner Mitglieder von Gemeindebehörden nicht das Gewicht einer Bedrohung des Besitzstandes

---

[29]) Z Band 58, 326; *Ostertag* und *Wieland* zu Art. 937.
[30]) *Ostertag:* N 15, *Wieland:* N 3, Art. 937.
[31]) *Wieland:* Bemerkung 3 zu Art. 919.
[32]) Z Band 58, 321.

beigemessen werden konnte [33]). Aber förmliche Verbote (besonders durch Aufstellung einer Tafel), oder ernstliche Drohungen für den Fall der Fortsetzung einer Besitzausübung [34]) dürften zum Verlangen einer einstweiligen Verfügung genügen.

Das Begehren einer einstweiligen Verfügung zur Hemmung der Bauten an einem Bache wurde (unter der Herrschaft des alten Rechts) abgewiesen, weil der Besitzstand des Gesuchstellers durch Urkunden und langjährige Uebung so ausser Zweifel feststand, dass durch eine vorübergehende Störung *keine Gefahr* für seinen Besitzstand drohen konnte, zumal der Rechtsstreit bereits angehoben war und die Fortschaffung der Bauten bei einem obsiegenden Urteil leicht zu bewerkstelligen schien (Z XII.91). Eine einstweilige Verfügung müsste aber jedenfalls nach Ziff. 1 bewilligt werden (Veränderungsverbot) und hätte schon unter altem Recht (§ 306, Ziff. 2) bewilligt werden müssen. Im übrigen ist unter «bedrohtem Besitzstand» nicht eine Gefahr für die Anspruchsbefriedigung zu verstehen, sondern eine *bevorstehende eigenmächtige Veränderung* des bestehenden Besitzes. Es folgt dies unter anderem auch daraus, dass zur Wiedererlangung eines widerrechtlich entzogenen oder vorenthaltenen Besitzes die einstweilige Verfügung gewährt wird, ohne Rücksicht darauf, ob der Besitzstand wirklich bedroht, das heisst einer dauernden Gefahr der Nichtwiederherstellung ausgesetzt ist oder nicht. Es kommt mit einem Worte nicht wie nach Ziff. 3 auf die Gefahr einer wesentlichen Erschwerung oder Vereitelung der Befriedigung an.

Die Besitzansprüche umfassen auch den Anspruch auf Schadenersatz (Art. 928, II Z. G. B.). Dass dieser nicht Gegenstand einer einstweiligen Verfügung sein kann, ergibt sich schon aus dem Wortlaut der Ziff. 2.

In der alten und neuen Praxis kommen am häufigsten einstweilige Verfügungen aus Ziff. 2 bei *Miete und Pacht* vor:

Dem Vermieter wurde durch eine einstweilige Verfügung untersagt, *Arbeiten* vornehmen zu lassen, welche den *Mieter in seinem Benutzungsrechte beeinträchtigen würden,* sofern diese Arbeiten, wenn sie schon notwendig sein mögen, doch nicht der Art sind, dass sie nicht bis zu dem nahe bevorstehenden Ende der Bestandzeit verschoben werden können (Z II, 200).

---

[33]) Z Band 3, 119.

[34]) *Wieland:* Bemerkung 2 zu Art. 928.

Eine einstweilige Verfügung wurde dem Verpächter gegen den Pächter gewährt, der die *Einräumung einer Wohnung und eines Kellers* in den verpachteten Räumlichkeiten für den Küher des Verpächters nach *Massgabe einer* vom Pächter eingegangenen *Verpflichtung* verlangte, da der Verpächter Besitzer der vorbehaltenen Räumlichkeiten ist (Z VI, 306). Diese unter der Herrschaft des kantonalen Privatrechts getroffene Entscheidung ist auch nach Z. G. B. richtig (Art. 920, I; 931, II Z. G. B.).

In einem Prozesse über das Holzschlagrecht eines Pächters wurde dem Verpächter die einstweilige Verfügung gewährt, die dem Pächter während der Dauer des Prozesses das *Holzschlagen* untersagte (Z IX, 329). Diese einstweilige Verfügung rechtfertigt sich sowohl nach Ziff. 1 als Aenderungsverbot, als auch nach Ziff. 2 als provisorische Besitzstandsnormierung. Der Verpächter ist nämlich nach Art. 920, I Z. G. B. trotz Verpachtung des Grundstückes neben dem Pächter weiterhin Besitzer, und der Pächter kann gegen ihn die Vermutung seines persönlichen Rechtes gemäss Art. 931, II Z. G. B. nicht geltend machen.

Sehr interessant ist der Erlass einer einstweiligen Verfügung zugunsten des Vermieters gegen einen *Mieter, der sich weigerte, die vermieteten Räume Kaufs- und Mietliebhabern zu zeigen.* Die Begründung, die nach kant. Zivilrecht abgefasst ist und sich auch vollständig mit dem Z. G. B. deckt, weist mit Recht darauf hin, dass der Vermieter, indem er die Sache zu einem bloss persönlichen Recht dem Mieter vertraglich überlässt, sich des Besitzes an derselben nicht begibt. (Heute in Art. 920, I Z. G. B. ausdrücklich statuiert.) Ist dies aber der Fall, so liege in der Weigerung des Zutritts zu den Lokalitäten durch den Mieter eine Besitzesstörung vor.

Wohl sei der Mieter zum Gebrauch der Mietsache berechtigt, dem Vermieter verbleibe aber das Recht der Verwaltung, und es müsse ihm daher der Zutritt zu den Lokalitäten gestattet sein, soweit deren Verwaltung es erheischt. Zur ordentlichen Verwaltung gehöre aber unbedingt auch ein Vorzeigen der Lokalitäten noch vor dem Ablauf der Mietzeit an Miet- und an Kaufliebhabern. Es müsse dabei nur auf den Mieter und sein Gebrauchsrecht gebührende Rücksicht genommen werden. Die einstweilige Verfügung bestimmte darnach die Besichtigungszeiten (Z 36, 244).

Wesentlich einfacher liesse sich diese einstweilige Verfügung übrigens auf Ziff. 3, Art. 326 stützen.

Die Frage der Zulässigkeit einer einstweiligen Verfügung aus Ziff. 2, Art. 326 gegen den Mieter, der nach Vertragsauflösung die Wohnung nicht räumt, gehört unter die Rubrik «Besitzrechtsansprüche».

Eine einstweilige Verfügung wurde gegen einen Grundeigentümer gewährt, der die weitere Ausübung eines Wegrechtes durch *Graben und Zaun* verhinderte (Z III, 250).

Eine einstweilige Verfügung wurde gegen eine mit dem Expropriationsrecht ausgestattete Gemeinde bewilligt, die in *Ueberschreitung des Alignementsplanes* eine Fahrbahn an die Besitzung des Gesuchstellers näher gerückt hat (Z VI, 53).

Die Anbringung eines *Gatters* an einem Wege, welcher zu einem von zwei Parteien benutzten Sode führt, durch eine derselben, führte zu einer einstweiligen Verfügung wegen Störung des Besitzstandes (Z IX, 182).

Mit einstweiliger Verfügung wurde die *Demolierung einer Verstärkungsmauer* untersagt, welche die Solidität der Grenzmauer zwischen zwei Grundbesitzern zu bedrohen geeignet war (Z 22, 621).

Besitzesstörung durch *übermässige Einwirkungen* (Lärm, Rauch, Erschütterung) im Sinne von Art. 684 Z. G. B. wurde schon unter der Herrschaft des kantonalen Privatrechts — das eine ähnliche nachbarrechtliche Sondernorm nicht kannte — durch einstweilige Verfügung untersagt (Z 37, 290). Mit Recht bemerkt hiezu Leuch [35]), dass die Uebermässigkeit und Ungerechtfertigkeit einer solchen Einwirkung nicht leicht im Rahmen des summarischen Verfahrens zu überprüfen sein dürfte, so dass wenigstens einschneidende Massnahmen kaum durch eine einstweilige Verfügung zu erlangen sein werden. Jedenfalls dürfte es in dringlichen Fällen leichter sein, eine solche zu erlangen, da weniger strenge Anforderungen an die Glaubhaftmachung der Uebermässigkeit gestellt werden.

Im übrigen kommt eine einstweilige Verfügung auch gegen bloss *drohende Einwirkungen* in Frage (Z 50, 589).

---

[35]) *Leuch:* N 5 b, Art. 326.

b) Besitzrechtsansprüche.

Durch Erweiterung der provisorischen Verwirklichung von Besitzesansprüchen der alten Z. P. O. gegenüber, auf die Wiedererlangung eines widerrechtlich entzogenen oder vorenthaltenen Besitzes, wurde auch Besitz-*Rechts*-Ansprüchen der Weg der einstweiligen Verfügung eröffnet. Es entspricht dies durchwegs dem Stande unserer Zivilgesetzgebung, die neben dem «Besitzesschutz» (Marginale zu Art. 926—929 Z.G.B.) auch den Besitzesrechtsschutz («Rechtsschutz» im Marginale zu Art. 930—937 Z.G.B.) kennt.

Während der Besitzesschutz ein possessorisches Rechtsmittel darstellt — einen Schutz der tatsächlichen gegenwärtigen Besitzverhältnisse — gibt der Besitzesrechtsschutz, sowohl dem gegenwärtigen als auch dem frühern Besitzer ein petitorisches Rechtsmittel zur Hand, und damit die Möglichkeit, Rückerstattung der entzogenen Sache *(Vindikationsanspruch),* oder Beseitigung der Störung *(negatorischer,* und bei Dienstbarkeiten *konfessorischer Anspruch)* zu verlangen, aber ohne ein Recht bestimmter Art geltend zu machen, sondern lediglich unter Berufung darauf, dass ihm ein besseres Recht zustehe, als dem Beklagten (Besitzrechts- oder Fahrnisklage). Dazu genügt der Nachweis eines früheren Besitzes [36]).

Besonders wichtig ist dieses Schutzmittel bei widerrechtlich *vorenthaltenem* Besitz, weil hier nur auf Grund des Rechts geklagt werden kann, weniger bei widerrechtlich entzogenem Besitz, der meist eigenmächtig entzogen und daher schon mit der gewöhnlichen Besitzesschutzklage (possessorisch) verfolgbar ist.

Auf dieser Grundlage kann nach Ziff. 2, Art. 326 — was nach altem Recht nicht möglich war — eine einstweilige Verfügung gegen den Mieter erlassen werden, der die Wohnung nach *Ablauf des Mietvertrages,* oder rechtsgültiger, einseitiger Auflösung desselben (Kündigung Art. 267 O. R.; Rücktritt Art. 269 O. R.) nicht räumt. (Z 50, 323 und ähnlicher Fall in Z 61, 74.).

Unzulässig wäre hingegen eine einstweilige Verfügung betreffend Ausweisung des Mieters wegen *Zinssäumigkeit* (Art. 265 O. R.), da hiefür Art. 282 Sch. K. G. ausschliesslich massgebend

[36]) *Wieland:* Bemerkung 1 a Art. 926, Bemerkung 1 ff. zu Art. 934: Sache des Beklagten ist es, wenn der Kläger seinen früheren Besitz nachgewiesen hat, dagegen sein eigenes besseres Recht darzutun.

ist, und die betreibungsrechtliche Exmissionsbehörde einzuschreiten hat. Als solche fungiert im Kanton Bern der Gerichtspräsident, somit die gleiche Amtsstelle, die in der Regel zum Erlass einstweiliger Verfügungen zuständig ist. Das Verfahren richtet sich aber nach Art. 317 ff. Z. P. O., nicht nach Art. 326 ff. Z. P. O.

Des weiteren ist eine einstweilige Verfügung zulässig gegen jeden, dem auf *Grund eines Vertragsverhältnisses* (zum Beispiel als Kommissionär, Agent, Unternehmer im Werkvertrag, Arbeiter, Angestellter, Aufbewahrer, Entlehner, Beauftragter, Vertreter, Faustpfandgläubiger, Nutzniesser) eine Sache anvertraut war und der sie nach Eintritt des Rückgabegrundes weiterbehält, obschon er ein Retentionsrecht an derselben nicht geltend machen kann. Im übrigen kann ein Retentionsrecht durch Sicherheitshinterlage beseitigt (Art. 898 Z. G. B.), und so das Hindernis, das einer einstweiligen Verfügung entgegensteht, aus dem Wege geräumt werden.

Ferner ist eine einstweilige Verfügung zulässig in den Fällen, in welchen derjenige, dem die Sache vom Gesuchsteller anvertraut war, sie unbefugt einem Dritten zu einem persönlichen Recht übertragen hat (arg. aus Art. 933 Z. G. B.). Hat er sie zu einem dinglichen Recht einem Dritten übertragen, so ist sie nur durch eine einstweilige Verfügung rückforderbar, wenn der Dritte bösgläubig war (Art. 936 Z. G. B.). Gestohlene, verlorengegangene oder sonst wider den Willen des Besitzers abhanden gekommene Sachen können von gutgläubigen Dritterwerbern während 5 Jahren zurückgefordert werden; wurden sie jedoch auf einer öffentlichen Versteigerung, auf dem Markt oder durch einen Kaufmann, der mit Waren der gleichen Art handelt, übertragen, so können sie dem ersten und jedem späteren gutgläubigen Empfänger nur gegen Vergütung des von ihm bezahlten Preises abgefordert werden (Art. 934 Z. G. B.).

Es wurde bereits hervorgehoben, dass es bei Ziff. 2, Art. 326 (wie bei Ziff. 1) auf die Gefahr der sonstigen Vereitelung oder Erschwerung des Anspruches nicht ankommt. Eine bevorstehende oder vollzogene Besitzesstörung oder Besitzesentziehung genügt als Voraussetzung zu einer einstweiligen Verfügung. Käme es auf Vereitelungs- oder Erschwerungsgefahr an, so wäre Ziff. 2 überflüssig, da Ziff. 3 auch diese Fälle, wenigstens die der Besitzrechtsansprüche decken würde.

Auch das Besitzesrecht stützt sich auf einen früheren Besitz (vergl.: «Der Besitzer», Art. 934 Z. G. B., «früherer Besitzer», Art. 936 Z. G. B.). Wenn man aber zivilrechtlich auch einer andern Meinung Raum geben wollte, so kann prozessrechtlich nach Ziff. 2 von Art. 326 eine einstweilige Verfügung dem klaren Wortlaute nach nicht demjenigen gewährt werden, der überhaupt nie besessen hat. Man kann nämlich in diesem Falle weder von einem « bedrohten Besitzstande » noch von « Wiedererlangung eines widerrechtlich entzogenen oder vorenthaltenen Besitzes » sprechen [37]).

Es kann also der Mieter oder Pächter nicht auf Grund der Ziff. 2, Art. 326 eine einstweilige Verfügung auf Einräumung der gemieteten oder gepachteten Lokalitäten, Grundstücke usw. erlangen, ebensowenig der Käufer auf Uebergabe der Kaufsachen. Ob dies nach Ziff. 3, Art. 326 möglich ist, wird weiter zu erörtern sein.

Ebensowenig kann derjenige eine einstweilige Verfügung aus Ziff. 2 erwirken, der seines Besitzrechtes bereits endgültig verlustig gegangen ist. Uebertragung des Eigentums an einer Sache, zum Beispiel durch grundbuchlichen Eintrag des neuen Eigentümers, bedeutet aber noch nicht unter allen Umständen eine Aufgabe des Besitzes seitens des Verkäufers. Zu Unrecht wurde aber demjenigen, der seine in Pacht befindliche Liegenschaft verkauft hat, nach der grundbuchlichen Eigentumseintragung des neuen Eigentümers noch eine einstweilige Verfügung gegen den mit der Räumung säumigen Pächter gewährt [38]). Gemäss Art. 937 Z. G. B. stehen dem faktischen Besitzer eines Grundstückes nur die posses-

[37]) Hingegen geht nach Art. 560, II Z. G. B. der Besitz auf den *Erben* über, sodass der Erbe, der nie besessen hat, durch den Erbfall zum Beispiel selbständiger Besitzer der vermieteten, verpachteten, hinterlegten Sachen des Erblassers wird, und somit in seine Besitzrechtslage aufrückt; vergl. Tuor N 9, Art. 560.

Dies ist jedoch nicht der Fall, wenn zum Beispiel bei einem gemeinsamen Bankdepot von Ehegatten die Bestimmung zwischen ihnen und der Bank dahinging, dass mit dem Tode des einen, der überlebende Ehegatte das ausschliessliche Verfügungsrecht über das Depot haben soll. Dadurch wird der Uebergang des Besitzes auf die Erben des verstorbenen Ehegatten verhindert. Diese können somit zum Schutze ihres vorgeblichen Besitzstandes keine einstweilige Verfügung gegen den überlebenden Ehegatten auf Sperrung des Depots erwirken, Z Band 56, 92.

[38]) Z Band 54, 520.

sorischen Rechtsmittel zu, nicht auch die Besitzrechtsklagen. Der Anspruch auf Räumung durch den Pächter ist aber ein petitorischer und nicht ein possessorischer.

3. Antizipierte Befriedigung von Rechtsansprüchen.

Am weitesten geht Ziff. 3, Art. 326, welche einstweilige Verfügungen zulässt zum Schutze *aller fälligen Rechtsansprüche,* sofern sie nicht auf Geld- oder Sicherheitsleistung gerichtet sind. Voraussetzung ihrer Anwendung ist allerdings, dass bei nicht sofortiger Erfüllung:

a) *ihre Vereitelung* oder eine *wesentliche Erschwerung* ihrer Befriedigung zu befürchten ist;
b) dem Berechtigten ein *erheblicher* oder nicht leicht zu ersetzender *Schaden* oder Nachteil droht.

Aus dieser Fassung folgt zunächst, dass diese einstweilige Verfügung als eine antizipierte Erfüllung gedacht ist (vergl.: «Bei nicht sofortiger Erfüllung»). Doch ist damit nicht ausgeschlossen, dass die einstweilige Verfügung aus Ziff. 3 auf weniger als auf Erfüllung sich richten kann, zum Beispiel auf blosse Aufrechterhaltung eines tatsächlichen oder rechtlichen Zustandes wie nach Ziff. 1, sofern das zum Schutze der in Betracht kommenden Rechtsansprüche genügt [39]). Ja, dies dürfte sogar immer als die weniger einschneidende Massnahme in Erwägung zu ziehen sein, bevor eine in die Privatverhältnisse so tief eingreifende Verfügung, wie die vorzeitige Erfüllung eines Anspruches bewilligt wird.

Auch Ziff. 2 hat eine antizipierte Erfüllung im Auge (im Gegensatz zu Ziff. 1). Allein antizipiert wird nach Ziff. 2 die Erfüllung nur bezüglich der Herstellung des Besitzstandes, nicht auch bezüglich anderer aus der Besitzesverletzung resultierender Ansprüche (zum Beispiel Schadenersatzansprüche, Ansprüche auf Unterlassung weiterer Störung). Nach Ziff. 3 ist die *Antizipierung der Erfüllung im Prinzip unbeschränkt,* nur mit Ausnahme von Geld — oder (Geld-) Sicherheitsleistungen.

Die Art der für Ziff. 3 in Betracht kommenden *Rechtsansprüche* ist, wenn man von Geld- und Sicherheitsansprüchen absieht, gleichfalls unbeschränkt. Die Bestimmung der Ziff. 3 ist, wie aus den Gesetzesmaterialien hervorgeht, sehr weitgreifend ge-

[39]) *Leuch:* N 6, Art. 326.

dacht [40]). Sie umfasst ebensogut *Persönlichkeitsrechte* [41]), wie familien-, erbrechtliche-, sachenrechtliche und obligatorische Ansprüche aller Art.

Selbst Besitzesansprüche sind unter Ziff. 3 zu subsummieren, wenn es sich um *Besitzesrechte,* nicht bloss um faktischen Besitz ohne Rücksicht auf ein Recht handelt — (Verbum: «Rechtsansprüche») — und die Voraussetzungen der Ziff. 2 nicht vorliegen. Das wird zum Beispiel der Fall sein, wenn es sich um Erlangung eines noch nicht gehabten Besitzes handelt, wie etwa der Anspruch des Käufers auf die Besitzübergabe der Kaufsache, des Mieters und Pächters auf Uebergabe des Miet- oder Pachtgegenstandes. Allerdings müssen die Voraussetzungen der Ziff. 3 lit. a oder b vorliegen.

Was die Voraussetzungen der Anwendbarkeit von Ziff. 3 betrifft, so ist lit. a und b *alternativ* zu verstehen, das heisst, es genügt, wenn die eine oder andere Voraussetzung zutrifft.

ad lit. a.

Es muss bei Aufschub der Erfüllung eine Vereitelung oder wesentliche Erschwerung der Befriedigung der in Betracht kommenden Rechtsansprüche zu befürchten sein. Die Voraussetzung stimmt inhaltlich mit derjenigen überein, unter welcher Art. 52, III O. R. die Selbsthilfe gestattet. Der Unterschied liegt lediglich darin, dass es sich dort um die Substituierung der richterlichen Hilfe durch Selbsthilfe handelt, hier um Substituierung der richterlichen Hilfe im ordentlichen Rechtswege durch ein rasches Verfahren.

Doch genügt als Voraussetzung keineswegs, dass der Anspruch ein dringlicher ist und Interesse an der schnellen Erledigung besteht. Es muss vielmehr eine *Gefährdung* des Anspruchs (oder nach lit. b ein Schaden) drohen. In einer Rechtssache, wo zwei Architekten nach Auflösung ihrer gemeinsamen Firma noch ihr altes Geschäftsarchiv weiter behielten, verlangte der eine die Erlassung einer einstweiligen Verfügung auf Uebertragung dieses Archivs aus der Liegenschaft, wo es sich befand, an einen dritten Ort. Er motivierte dieses Ersuchen damit, dass sein früherer Mit-

[40]) Tagblatt des Grossen Rates, Jahrgang 1917, 510—512; Jahrgang 1918, 61—67.

[41]) Z Band 56, 87; Band 60, 610.

gesellschafter — mit dem er sich inzwischen verfeindet hatte — die Liegenschaft zu Eigentum erworben habe, und es ihm (dem Gesuchsteller) widerstrebe, nunmehr das Domizil, wo sich das Archiv befindet, jedesmal betreten zu müssen. Durch die einstweilige Verfügung sollte rasche Abhilfe geschaffen werden, da er das Archiv dringend benötige. Das Gesuch wurde abgewiesen, da weder eine Vereitelung, noch eine wesentliche Erschwerung der Befriedigung des Anspruches zu befürchten war, wenn die Streitsache auf dem ordentlichen Rechtswege ausgetragen wird (und auch ein Schaden nicht dargetan wurde [42]).

Das *Gefahrsmoment* ist somit für die einstweilige Verfügung nach Ziff. 3, lit. a (auch nach lit. b) das Entscheidende. Als Gefahr kommt auch eine Zwangsvollstreckung in Betracht, sofern sie auf Grund eines gegen einen Dritten ergangenen Urteils droht. Die Gefahr liegt aber nicht wie beim Arrest in der Veränderung der Vermögensverhältnisse des Schuldners, sondern in der des individuellen Streitgegenstandes. Es muss die *Individualleistung* selbst *bedroht* sein; Gefährdung des Entschädigungsanspruches ist weder erforderlich noch genügend. Eine solche Gefährdung der Individualleistung kann vorliegen bei drohender Zerstörung oder Veränderung der Substanz der Sache, ihre Entziehung durch einen andern Gläubiger, die Verdunkelung ihres Zustandes, die Einziehung einer Forderung u. dergl. mehr [43]).

ad lit. b.

Wie nach lit. a die Gefährdung der Anspruchsbefriedigung als solche, so ist nach lit. b alternativ die Gefährdung der sonstigen Interessen des Petenten — die *Schädigung* desselben — Voraussetzung.

Durch eine Aenderung der Fassung von lit. b gegenüber dem alten Gesetz — das nur von «nicht leicht zu ersetzendem Schaden» schlechtweg sprach, während in lit. b auch noch die Worte «oder Nachteil» hinzugefügt wurden — ist die Gefährdung über den *Vermögensschaden* hinaus auf jeden andern, insbesondere auch auf *immateriellen Schaden* ausgedehnt worden. Das hat für Verletzungen von Persönlichkeitsrechten, wie noch aus den weiteren Ausführungen hervorgehen wird, besondere Bedeutung.

[42]) Z Band 56, 322.

[43]) *Stein:* Bemerkung II, 2 zu § 935.

Der Schaden muss immerhin ein *erheblicher* sein, was nach den Verhältnissen der Parteien von Fall zu Fall zu beurteilen sein dürfte, da Vermögens- und andere Werte relativer Natur sind. Was bei einer vermögenden Person von geringer Bedeutung ist, kann für eine Unvermögende unter Umständen sogar von vitalem Interesse sein.

Handelt es sich aber um einen *nicht leicht ersetzlichen Schaden,* so fällt das Moment der Erheblichkeit weg. In diesem Falle rechtfertigt schon ein geringer Schaden die einstweilige Verfügung. Leicht ersetzlich ist im allgemeinen Geldschaden, sofern nicht für die Vermögensverhältnisse des Gegners nachweisbar der in Betracht kommende Schaden untragbar ist [44]). Ob auch ein schwer nachweisbarer Schaden — wie *Leuch* annimmt — im Sinne dieser Bestimmung als nicht leicht ersetzlich zu erachten ist, möchten wir trotz der offenbar weitherzig gefassten und gedachten Formulierung bezweifeln [45]). Dies um so mehr, als nach Art. 42 O. R. der Schaden überhaupt nicht mehr ziffernmässig nachgewiesen zu werden braucht.

Nach der Praxis zum alten Gesetz wurde die Voraussetzung einer Schädigung auf Schadensfälle beschränkt, die durch eine Sache, und nicht durch die Handlung einer Person droht [46]). Zu einer derartigen Beschränkung, die aus dem Zusammenhang mit anderen Bestimmungen des alten Gesetzes (insbesondere § 307) erschlossen wurde, ist im geltenden Recht kein Anlass vorhanden.

In der Praxis kommen einstweilige Verfügungen aus Ziff. 3 nicht so zahlreich vor, wie man anzunehmen geneigt wäre. Ein Teil der Fälle betrifft auch hier Miet- und Pachtverhältnisse.

Einem Mieter, dem durch Anbringung von zwei Kelleröffnungen der *Zutritt zu den Schaufenstern* eines Verkaufsmagazins beschränkt wurde, erwirkte wegen eines nicht leicht zu ersetzenden Schadens eine einstweilige Verfügung [47]).

Ein Mieter, der trotz angenommener Kündigung nach Ablauf der Mietzeit nicht die Lokalitäten räumte, wurde wegen Besitz-

---

[44]) *Leuch:* N 6, Art. 326.

[45]) Nach altem Recht Z Band 37, 100; 238; 240 lehnte die Praxis eine solche Auffassung ab, während sie ursprünglich ihr huldigte (Z Band 1, 367).

[46]) Z Band 37, 100; 238; Band 38, 98; Band 39, 166; Band 47, 95; Band 53, 459.

[47]) Z Band 1, 367.

standsgefährdung und nicht leicht zu ersetzenden Schadens durch einstweilige Verfügung *exmittiert* [48]).

Einem Vermieter, der sich in den Mieträumlichkeiten eine Kellerabteilung vorbehalten hat, wurde wegen drohenden, erheblichen Schadens der *Zugang* zu derselben im Wege einer einstweiligen Verfügung gesichert [49]).

Einem Verpächter wurde eine einstweilige Verfügung gegen den Pächter gewährt, der Misswirtschaft trieb, indem er die Vorräte an Heu und Stroh verbrauchte, die bei Uebergabe des Pachtobjektes für die weitere Bewirtschaftung des Gutes zurückzulassen waren. Der Schaden wurde als nicht leicht ersetzlich angesehen, weil zu jener Zeit (1919) Heu und Stroh nicht leicht durch Geld zu beschaffen waren (Produktenmangel in der Nachkriegszeit) [50]).

Einem Hypothekargläubiger wurde (unter altem Recht) eine einstweilige Verfügung gegen den Eigentümer des belasteten Grundstückes bewilligt, der das Pfandobjekt durch übermässigen Holzschlag entwertete, wegen sonstiger Vereitelung bezw. Erschwerung der Befriedigung des Anspruches [51]). Man könnte (nach neuem Recht) einwenden, es handle sich hier um einen auf Geld (Zahlung einer Darlehensschuld) gerichteten Rechtsanspruch, zu dessen Sicherung das Sch. K. G. und nicht die Z. P. O. anzuwenden sei. Allein das trifft nicht zu; denn der Anspruch des Hypothekargläubigers geht nicht nur auf Geldzahlung, sondern auch auf Unterlassung von Wertverminderungen der Pfandsache (Art. 808 Z. G. B.).

Im übrigen ist heute das Rechtsmittel zu einer solchen Untersagung nicht mehr die einstweilige Verfügung, sondern eine *Massnahme auf Grundlage des Zivilrechts* (Art. 808, I Z. G. B.; Art. 322 Z. P. O. und Art. 2 E. G. zum Z. G. B.). Diese beruht auf andern Voraussetzungen als die der einstweiligen Verfügung. Insbesondere ist weder eine Gefährdung des Anspruches, noch ein drohender Schaden notwendig.

Eine einstweilige Verfügung behufs zwangsweisen *Verlassens eines Hauses durch die gegenwärtigen Bewohner* wurde dem ein-

[48]) Z Band 9, 114.
[49]) Z Band 1, 402.
[50]) Z Band 55, 355.
[51]) Z Band 3, 341.

getragenen Eigentümer, der noch nicht faktischer Besitzer der Liegenschaft war, gewährt auf Grund des zu befürchtenden Schadens, nicht aber auf Grund des Besitzes [52]). Wir haben bereits im Abschnitt II, 2 hievor ausgeführt, dass der Besitzrechtsanspruch — und um einen solchen handelt es sich hier — gleichfalls neben dem Anspruch aus zu befürchtendem Schaden, eben nur dem eingetragenen Eigentümer und nicht dem faktischen Besitzer zusteht. Letzterer hat nur die possessorischen Besitzesklagen, nicht auch die petitorischen. Es hätte also in diesem Falle die einstweilige Verfügung sowohl nach Ziff. 2 als nach Ziff. 3, Art. 326 bewilligt werden können.

Einer Partei, die durch gerichtlichen Vergleich eine Forderung und ihre Sicherstellung durch Eintragung eines Pfandrechtes auf der Liegenschaft des Schuldners zugesichert erhielt, wurde wegen Nichterfüllung eine einstweilige Verfügung durch *Eintragung einer Verfügungsbeschränkung über die Liegenschaft* bewilligt, da angesichts der unsicheren Vermögenslage des Schuldners und der Weigerung, den Vergleich zu vollstrecken, eine wesentliche Erschwerung oder Vereitelung der Befriedigung zu befürchten war. Da zugleich ein erheblicher Schaden drohte, war die einstweilige Verfügung sowohl gemäss lit. a wie lit. b, Ziff. 3, Art. 326 zu bewilligen [53]).

Hinzuzufügen ist, dass die direkte Eintragung des Pfandrechtes auf Grund des gerichtlichen Vergleichs unmöglich war, weil er nicht dem Formerfordernis des Art. 799, II Z. G. B. (öffentliche Beurkundung) genügte.

Die Form der öffentlichen Beurkundung bestimmen nämlich die Kantone (Art. 55 Anwendungs- und Einführungsbestimmungen) und im Kanton Bern ist *notarielle* Beurkundung vorgeschrieben (Art. 11 E. G. zum Z. G. B.).

Den Inhabern eines Unternehmens wurde gegen einen gekündigten und beurlaubten, aber noch im Dienste des Unternehmens stehenden Angestellten eine einstweilige Verfügung bewilligt, mit welcher diesem Angestellten der Weiterbetrieb eines begonnenen *Konkurrenzunternehmens* untersagt, und *die vorsorgliche Löschung der eingetragenen Firma* dieses Unternehmens *im Handelsregister* angeordnet wurde [54]).

[52]) Z Band 35, 601.
[53]) Z Band 64, 523.
[54]) Z Band 60, 610.

Einer Gewerblerin wurde durch einstweilige Verfügung der marktschreierische Abdruck eines Zeugnisses des früheren Prinzipals in Reklamebroschüren untersagt, weil diese Veröffentlichung geeignet war, den Aussteller dieses Zeugnisses in der öffentlichen Meinung herabzusetzen und ihn somit in seinen *Persönlichkeitsrechten* zu verletzen [55]).

Weitere Beispiele einstweiliger Verfügungen, die gemäss Ziff. 3 bewilligt werden können, sind:

Vorsorgliche Untersagung der Führung eines angefochtenen Namens (Art. 29 Z. G. B.) oder einer angemassten Firma (Art. 30 der Handelsregisterverordnung, der ausdrücklich vorsorgliche Verfügungen vorbehält); vorsorgliche Unterdrückung eines unlautern Wettbewerbes (Art. 48 O. R.); Ermächtigung des Gläubigers, eine unaufschiebbare Leistung auf Kosten des Schuldners vornehmen zu lassen (Art. 98, I O. R.); Uebergabe gemieteter, gepachteter, gekaufter Liegenschaften oder anderer Objekte an den Berechtigten (zum Beispiel am Umzugstermin); Rückgabe von Schlüsseln zu einer Wohnung und anderer unentbehrlicher Sachen; sofortige Auflösung einer Gesellschaft bei Vorliegen eines wichtigen Grundes (Art. 545, Ziff. 7 und Art. 572, ferner Art. 611 O. R.); Bewirkung der Einberufung einer ausserordentlichen Generalversammlung (Art. 645, 706 O. R.) oder Vereinsversammlung (Art. 64, III Z. G. B.); sofortige Herausgabe eines Wechsels oder Checks (Art. 790, 836 O. R.); eines Inhaberpapiers (Art. 853 O. R., der ausdrücklich provisorische Verfügungen vorsieht). Siehe ferner drei Entscheide in der Zeitschrift des bernischen Juristenvereins: Band 59, Seite 401, Band 66, Seite 500 und Band 67, Seite 163.

III. Das Verfahren.

Die einstweiligen Verfügungen sind neben den Schuldbetreibungs- und Konkurssachen, sowie den Massnahmen und Verfügungen auf Grundlage des Zivilrechts in den Abschnitt «Summarisches Verfahren» (II. Abschnitt des besonderen Teiles) eingereiht.

Das alte Gesetz kannte ein summarisches Verfahren als solches nicht. Neben dem ordentlichen Prozessverfahren (§§ 131 bis

[55]) Z Band 56, 87.

282) waren einige besondere Verfahrensarten vorgesehen (§§ 283 bis 334), insbesondere für Kompetenzstreitigkeiten (vor Amtsgericht, Gerichtspräsident und Friedensrichter), für Ehe- und Vaterschaftssachen, provisorische Verfügungen für die Aufforderung zur Klage, für Prozesskosten- und Schadenersatzforderungen und für den Wechselprozess. Ausserdem war noch ein *beschleunigtes Verfahren* mit abgekürzten Fristen in Schuldbetreibungs- und Konkurssachen vorgesehen (§§ 36—39 E. G. zum Sch. K. G.).

Das geltende Recht kennt ein beschleunigtes Verfahren überhaupt nicht mehr. Es hat ein neues System adoptiert: Eine *Zweiteilung* der Verfahrensarten: in « ordentliches » und « summarisches » Verfahren. Das *ordentliche Verfahren* (Art. 144—304 Z. P. O.) umfasst auch die sogenannten Kompetenzsachen (vor dem Gerichtspräsidenten), sowie die Ehe- und Vaterschaftssachen. Nur sind für diese drei Arten im Rahmen des ordentlichen Verfahrens *besondere Bestimmungen* vorgesehen (Art. 294 — 303 Z. P. O.

Einen besonderen Wechselprozess und Sonderbestimmungen für Prozesskosten und Schadenersatzforderungen kennt das geltende Recht nicht mehr. Die Aufforderung zur Klage ist überhaupt weggefallen.

Hingegen wurde für Schuldbetreibungs- und Konkurssachen, für einstweilige Verfügungen, für die neu hinzugekommenen Massnahmen und Verfügungen auf Grundlage des Zivilrechts und für Vollstreckungssachen eine gemeinsame Verfahrensart geschaffen: Das summarische Verfahren (Art. 305—332 Z. P. O.).

Das *ordentliche Verfahren* dient der endgültigen Entscheidung streitiger Rechtsverhältnisse, die im Wege einer Leistungs-, Feststellungs- oder Gestaltungsklage an den Richter gelangen. Dieses Streben nach einem absoluten, definitiven Rechtszustand hat aber zur Voraussetzung, dass alle Streitpunkte, die mit dem zu entscheidenden Rechtsverhältnis in Beziehung stehen, in den Prozess gezogen werden dürfen. Sämtliche Angriffs- und Verteidigungsmittel der Parteien werden in ihrer Vollständigkeit erörtert, und darüber wird endgültig entschieden. Darum sind im Interesse einer umfassenden Streitbeilegung auch Widerklagen unter gewissen Voraussetzungen zugelassen.

Ein solch umfangreiches und vielgestaltetes Verfahren verlangt daher eine feste Gliederung des Ganges der Verhandlungen,

sowie gewisse Formvorschriften und Befristungen für einzelne Abschnitte des Verfahrens, insbesondere für einzelne Parteivorkehren.

Ganz anders das *summarische Verfahren.* Dieses will privatrechtliche Streitigkeiten in der Regel nicht endgültig entscheiden. Es dient vielmehr beschränkten Zwecken. Am deutlichsten tritt das bei den einstweiligen Verfügungen hervor, deren vorläufiger Charakter schon in der Benennung des Instituts zum Ausdruck gebracht ist. Aber auch bei Schuldbetreibungs- und Konkurssachen handelt es sich meist nicht um Entscheidungen materiellrechtlicher Natur, sondern um solche bloss betreibungsrechtlichen Charakters mit mehr oder weniger starken Reflexwirkungen auf das materielle Recht [56]). Die Massnahmen auf Grundlage des Zivilrechts stellen überhaupt keine Entscheidungen von Streitsachen dar, sondern Verfügungen in Sachen der freiwilligen Gerichtsbarkeit [57]). Ebenso sind die Vollstreckungssachen lediglich Inzidenzen eines Exekutionsverfahrens.

Diesem Charakter der Rechtssachen entsprechend zeichnet sich das summarische Verfahren durch weitgehende Formlosigkeit, Abkürzung und Vereinfachung der Prozedur aus, wobei auch die Beschleunigung eine grosse Rolle spielt.

Im Gegensatz zum Zürcher Prozess, wo es im allgemeinen im Belieben des Klägers steht, eine Sache im summarischen oder im ordentlichen Verfahren anhängig zu machen, und auch der Richter eine Rechtssache aus dem summarischen Verfahren auf den ordentlichen Rechtsweg verweisen kann [58]) *schliesst* nach bernischem Recht das *summarische Verfahren das ordentliche aus,* und ebenso im umgekehrten Falle. Aber gerade bei den einstweiligen Verfügungen ist eine Ausnahme zu statuieren:

Ein Anspruch kann, wie aus Art. 326, I und 327, I zu schliessen ist, *gleichzeitig* durch ein Gesuch um eine *einstweilige Verfügung* und durch *Klage* im ordentlichen Verfahren geltend gemacht werden, ohne dass die Einrede der Rechtshängigkeit einer solchen simultanen Geltendmachung entgegenstünde. Der Zweck dieser Ausnahme liegt auf der Hand und ist durch die bisherigen Ausführungen (unter I, 2 und II, 1) bereits erörtert worden. Es

---

[56]) *Blumenstein:* Handbuch zum Sch. K. G., Seite 106 ff.
[57]) *Leuch:* N 2, Art. 305.
[58]) *Baur:* Seite 18 ff.

soll nunmehr das Verfahren bei einer einstweiligen Verfügung einer näheren Erörterung unterzogen werden.

1. Zuständigkeit.

Art. 327, Abs. 1 und 2 normiert besonders die sachliche und örtliche Zuständigkeit zur Behandlung und Entscheidung von Gesuchen, die eine einstweilige Verfügung betreffen. Wohl ist nur von «Behandlung» des Gesuches die Rede, dass aber auch die Entscheidung gemeint ist, geht aus Art. 328, 329 und Art. 330 Z. P. O. ohne weiteres hervor.

Die Zuständigkeit ist eine verschiedene, je nachdem der Hauptprozess bereits anhängig ist oder nicht: «Ist der Hauptprozess hängig, so ist zur Behandlung des Gesuches der Instruktionsrichter zuständig» (Art. 327, I Z. P. O.).

Aus den Worten «der» Hauptprozess im Zusammenhang mit Art. 326, Ziff. 1 («Wider . . . . Veränderungen . . . . des Streitgegenstandes») ergibt sich, dass der Hauptprozess den *gleichen Anspruch* zum Gegenstand haben muss, wie die einstweilige Verfügung, bezw. dass er ihn mitumfassen muss. Es wurde aber bereits oben (unter II, 1) ausgeführt [59]), dass keine vollkommene Identität gefordert werden kann, da sonst die Vorteile der Ziff. 1, Art. 326 (keine Bescheinigung der Erschwerungs-, Vereitelungs- oder Schadensgefahr) in einer grossen Anzahl von Fällen illusorisch wären.

Instruktionsrichter ist gemäss Art. 8 im Verfahren vor dem Gerichtspräsidenten und vor dem Amtsgericht der Gerichtspräsident (in Bern-Stadt der Gerichtspräsident III, gemäss Dekret vom 8. Juni 1910, § 3), im Verfahren vor dem Appellationshof als *einzige Instanz* der Präsident oder ein von ihm bezeichnetes Mitglied des Gerichtshofes. Daraus folgt, dass der Instruktionsrichter I. Instanz, also der Gerichtspräsident zur einstweiligen Verfügung zuständig bleibt, auch wenn sie beantragt wird, während die Sache im Rechtsmittelverfahren beim Appellationshof hängig ist.

Diese Ordnung wäre kaum praktisch, da ein Richter über die einstweilige Verfügung entscheiden müsste, der die Akten der Streitsache nicht in der Hand hat und auch ihren derzeitigen Stand nicht kennt. Dies müsste um so schwerer ins Gewicht fal-

[59]) Im Gegensatz zu *Leuch* N 4, Art. 326 und N 1, Art. 327.

len, wenn in einer hängigen Streitsache eine einstweilige Verfügung gemäss Ziff. 2 oder 3 beantragt wird. Die Entscheidung durch den Instruktionsrichter des Appellationshofes empfiehlt sich in solchen Fällen besser.

Man interpretiert daher die Bestimmung des Art. 327, I in dem Sinne, dass man unter Instruktionsrichter nicht den Instruktionsrichter im technischen Sinne des Wortes versteht (nach Art. 8), sondern denjenigen, der beim betreffenden Gericht, wo die Sache hängig ist, sonst als Instruktionsrichter amtet. Art. 327 ist in diesem Sinne eine Sonderbestimmung, die dem Instruktionsrichter neben den Funktionen des Art. 8 noch eine weitere Funktion zuteilt [60]). Nach dieser Interpretation ändert somit die Zuständigkeit des Gerichtspräsidenten, als des Instruktionsrichters erster Instanz mit der Appellationserklärung, da die Streitsache mit dieser Erklärung bei der oberen Instanz rechtshängig wird. Da die Akteneinsendung an den Appellationshof in summarischen Sachen binnen 48 Stunden erfolgt, wird sich auch eine einstweilige Verfügung, die sofort nach der Eröffnung des Urteils erster Instanz nötig wird, nicht verzögern.

Die Zuständigkeit des *Instruktionsrichters des Appellationshofes* endet mit erklärter Berufung an das Bundesgericht. Mit dieser Erklärung tritt nämlich die Rechtshängigkeit der Sache vor *Bundesgericht* ein, wodurch auch an Stelle der kantonalen Prozessordnung die Sache unter die Herrschaft der Gesetze über die Bundesrechtspflege gelangt.

Diese Gesetze sind nunmehr auch für die Zuständigkeit zur Bewilligung einstweiliger Verfügungen allein massgebend. Das Organisationsgesetz vom 22. März 1893 bestimmt aber in Art. 78: «Zum Erlass einstweiliger Verfügungen in bezug auf den Streitgegenstand bleiben auch während der Anhängigkeit der Streitsache beim Bundesgericht die kantonalen Behörden nach Massgabe der kantonalen Gesetzgebung ausschliesslich zuständig».

Auf Grund dieser Rückverweisung auf die kantonale Gesetzgebung ist nun zu entscheiden, ob der Instruktionsrichter erster oder zweiter Instanz zuständig ist. Abs. 1 von Art. 327 setzt einen hängigen Hauptprozess voraus, worunter zunächst ein vor bernischen Gerichten hängiger Streit verstanden werden kann.

---

[60]) So offenbar *Leuch* N 3, Art. 327 und N 1, Art. 341.

Bei strikter Interpretation bliebe nur die Anwendung des Abs. 2 von Art. 327 übrig, der die Zuständigkeit normiert für die Fälle, in denen *kein Prozess* vor den kantonalen Gerichten *hängig* ist. Für solche Fälle wird als zuständig erklärt der Gerichtspräsident desjenigen Bezirkes, «wo die örtliche Zuständigkeit für die Hauptsache gegeben ist»[61]). Bei Prozessen, die in zweiter Instanz vor Bundesgericht gelangen, urteilt in erster Instanz in der Regel der Appellationshof als einzige kantonale Instanz (mit Ausnahme hauptsächlich der familienrechtlichen Streitigkeiten) [62]). In solchen Sachen geht somit mit der Berufungserklärung an das Bundesgericht die Kompetenz für den Erlass einstweiliger Verfügungen vom Instruktionsrichter des Appellationshofes auf den stadtbernischen Gerichtspräsidenten über, und zwar nach dem Reglement über die Verrichtungen der Gerichtspräsidenten vom 22. August 1918 auf den Gerichtspräsidenten III.

Das Resultat ist unbefriedigend. Zunächst liegt auf der Hand, dass der Instruktionsrichter des Appellationshofes, der bereits die Hauptsache behandelt hat, zur Entscheidung über eine einstweilige Verfügung in der gleichen Sache geeigneter wäre. Sodann ist auch ein stadtbernischer Gerichtspräsident zum Erlass von einstweiligen Verfügungen über Streitsachen, die in anderen Bezirken liegen — insbesondere Liegenschaften — weniger berufen, als der Gerichtspräsident am «forum rei sitae».

Die Praxis wendet daher Art. 327, Abs. 1 so an, als ob der Prozess noch bei der kantonalen Instanz hängig *wäre,* und lässt den Instruktionsrichter des Appellationshofes seines Amtes walten.

Gehört der Hauptprozess in die *ausschliessliche Kompetenz des Bundesgerichtes* (Art. 48 und 52 O. G.), so ist dieses selbst nach Massgabe des Art. 199 Bundeszivilprozess für den Erlass von einstweiligen Verfügungen zuständig.

Auch die Bestimmung des Abs. 2, Art. 327 Z. P. O. ist nicht ganz befriedigend, nach welcher bei nicht hängigem Prozess der *Gerichtspräsident* desjenigen Bezirkes zum Erlass einer einstweiligen Verfügung zuständig ist, wo die örtliche Zuständigkeit *für die Hauptsache* gegeben ist. Der Vorentwurf [63]) sah alternativ den

---

[61]) *Leuch:* N 3 Art. 327.

[62]) *Leuch:* Noten zu Art. 7.

[63]) *A. Reichel:* Entwurf einer Zivilprozessordnung für den Kanton Bern, § 307, II.

Wohnsitzgerichtsstand des Gesuchsgegners und denjenigen der gelegenen Sache vor. Das wäre insoweit praktischer, als am Wohnsitzgerichtsstand der Gesuchsgegner in der Regel zwecks Einvernahme leichter und schneller erreichbar ist, worauf es ja bei einstweiligen Verfügungen besonders ankommt. Des weiteren hätte eine solche Bestimmung dem Art. 59 B. V. Rechnung getragen, der für persönliche Ansprachen dem Belangten seinen ordentlichen Gerichtstand sichert.

Nach der jetzigen Ordnung ist zum Beispiel eine einstweilige Verfügung in bezug auf Uebergabe von Kauf-, Miet- und Pachtobjekten an den Käufer, Mieter, Pächter, verunmöglicht, trotzdem die Objekte im Kanton Bern liegen, wenn der Gesuchsgegner ausserhalb des Kantons seinen Wohnsitz hat, und der Hauptanspruch ein solcher persönlicher Natur ist (aus Kauf-, Miet- und Pachtvertrag). Die kantonalbernische Partei muss sich in solchen Fällen an einen ausserkantonalen Richter wenden, der nach seinem Prozessrecht über das Gesuch befindet, und im günstigsten Falle, wenn die einstweilige Verfügung bewilligt wird, erst das umständliche Vollstreckungsverfahren ausserkantonaler Urteile durchführen muss, bis sie zum Ziele gelangt. Dieses Vollstreckungsverfahren setzt gemäss Art. 400 zunächst ein Exequatur des Appellationshofes voraus, wobei dem Belangten zuvor Gelegenheit gegeben werden muss, seine Einwände gegen die Vollstreckbarkeit zur Geltung zu bringen [64]). Bis es zur Vollstreckung durch den zuständigen Gerichtspräsidenten kommt (Art. 402), kann die einstweilige Verfügung in solchen Fällen illusorisch werden.

Gemildert würde die Härte der Zuständigkeitsnorm des Art. 327, II, wenn gemäss Art. 29 nicht nur (possessorische) Besitzesklagen, sondern auch Besitzrechtsklagen dem forum rei sitae unterstehen würden. Allein der Ausdruck «Besitzesklagen» in diesem Artikel wird, als lediglich auf die possessorischen Besitzklagen der Art. 927 und 928 Z. G. B. bezug habend interpretiert [65]). Sicherlich kann aber in *Exmissionssachen* und sonstigen *Rückforderungssachen* der Eigentümer der Liegenschaft, oder der Fahrnis vom Mieter, Pächter, Nutzniesser, Depositar usw. seinen An-

[64]) B. G. E. Band 41, I, 124. *Blumenstein:* Handbuch zum Sch. K. G., Seite 288.

[65]) *Leuch:* N 2, Art. 29, ohne nähere Begründung. Ein weiteres Eingehen auf diese Bestimmung liegt ausserhalb des Rahmens unseres Themas.

spruch, statt auf das obligatorische Vertragsverhältnis, auf Art. 641, II Z. G. B. stützen und somit *aus dinglichem Recht* sowohl die Verurteilung im Wege der Klage als auch die einstweilige Verfügung verlangen. Die letztere Klage ist sogar meistens praktischer [66]).

Dadurch kann in einer grossen Reihe von Fällen das forum rei sitae für die einstweiligen Verfügungen brauchbar gemacht werden, das sich dafür besonders eignet. Insbesondere kann auch eine einstweilige Verfügung auf Uebergabe von Kaufsobjekten bei diesem forum auf Grund des Art. 641, II Z.G.B. anbegehrt werden, wenn die grundbuchliche Uebertragung auf den Erwerber bereits vollzogen ist. Ist die Zuständigkeit des bernischen Richters nach Art. 327, II Z. P. O. gegeben, so steht der einstweiligen Verfügung nicht im Wege, dass sich der Gegenstand derselben ausserhalb des Kantons befindet. Allerdings ist dies jedoch von Einfluss auf das Vollstreckungsverfahren (vergl. V hernach).

Eine *Schiedsklausel oder ein Schiedsvertrag,* wodurch die Uebertragung gewisser Streitigkeiten zum Schiedsspruch erfolgt, begreift in sich nicht auch die Zuständigkeit des Schiedsgerichtes zur Bewilligung einstweiliger Verfügungen. Es folgt dies aus der Fassung des Art. 382 Z. P. O., der die Uebertragung an Schiedsrichter ausschliesslich zur Beurteilung gestattet, nicht aber auch zu Sicherungs- und Vollstreckungsmassnahmen [67]). Man könnte nämlich dagegen Art. 381 Z. P. O. ins Treffen führen, der von der «Uebertragung zum Schiedsspruche» schlechtwegs spricht, worunter auch eine einstweilige Verfügung verstanden werden könnte. Aber erstens spricht schon der einleitende Artikel 380 Z. P. O. nur von der «Beurteilung» durch Schiedsgerichte, nicht aber von andern Massnahmen; sodann ist auch in Art. 387 Z. P. O. nur von «Verhandlung und Beurteilung der Sache» die Rede, und schliesslich regelt Art. 388 die « Urteilsfällung », während von einer anderen Entscheidung nichts erwähnt wird [68]).

Doch scheint es uns nicht ausgeschlossen, dass im Schiedsvertrage oder in der Schiedsklausel die Schiedsrichter ausdrücklich von den Parteien auch zu einstweiligen Verfügungen berechtigt werden, zumal es sich um Gegenstände handelt, die dem freien Ver-

[66]) Z Band 60, 610.
[67]) So begründet es Leuch N 5, Art. 327.
[68]) Z Band 46, 253; Band 58, 93.

fügungsrechte der Parteien unterstehen, und die einstweilige Verfügung gegenüber der endgültigen Beurteilung, die weniger einschneidende Massnahme darstellt (arg. a majore ad minus).

2. Einleitung des Verfahrens.

Den Anstoss zum Verfahren in einstweiligen Verfügungen gibt gemäss Art. 326 Z. P. O. ein «Gesuch eines Beteiligten». Mehr besagt die Zivilprozessordnung über die Frage der Aktiv- und Passivlegitimation nicht. Die Bestimmung der Legitimation *zur Sache* ist ja auch nicht Materie der Z. P. O., sondern des materiellen Rechts. Die Z. P. O. hat nur die *Legitimation zum Verfahren* zu regeln.

In bezug auf die Legitimation zur Sache kann im allgemeinen nur soviel gesagt werden, dass eine einstweilige Verfügung lediglich von einer Partei beantragt werden kann, die wegen des gleichen Anspruches auch ein *Klagerecht* hat; ist doch die einstweilige Verfügung im Prinzip dazu da, um den Erfolg einer späteren Urteilsvollstreckung zu sichern. Sie ist «vorsorglicher Natur». Sie kann sich darum auch nur *gegen* eine Partei richten, die als Beklagte in dem Rechtsstreit in Betracht kommt, den die Gesuchstellerin anzuheben berechtigt ist, nicht gegen einen sonstigen Dritten [69]).

Auf diese Erwägung stützt sich ja auch die Zuständigkeitsnorm des Art. 327, II Z. P. O., die den Gesuchsteller an das Gericht desjenigen Bezirkes weist, «wo die örtliche Zuständigkeit für die Hauptsache gegeben ist», das heisst für die Verfolgung des zu schützenden Anspruches im Wege der ordentlichen Klage.

Die Zürcher Gerichte haben einem Waisenamt auf dessen Gesuch eine einstweilige Verfügung gegen einen zu Entmündigenden durch Sperrung des Grundbuches bewilligt, damit er nicht bis zur Entmündigung Verfügungen über seine Liegenschaften treffen kann [70]). Nach bernischem Recht dürfte das unzulässig sein, da es sich hier nicht um den «Schutz fälliger Rechtsansprüche» handelt (Art. 326, Ziff. 3 Z. P. O.), und dem Waisenamt kein Klagerecht gegen den zu Entmündigenden zusteht.

Was die *Legitimation zum Verfahren* betrifft, so ist auf Art. 306 Z. P. O. abzustellen, der die Bestimmungen des allgemeinen

[69]) Z Band 45, 266; Band 52, 52.

[70]) Blatt für zürcherische Rechtssprechung, Band 24, 185.

Teiles und des ordentlichen Verfahrens sinngemäss auch auf das summarische Verfahren anwenden lässt, soweit keine abweichenden Regeln durch das Gesetz oder die Natur der Rechtssache gegeben sind.

Das Gesetz stellt besondere Regeln für die Parteien im summarischen Verfahren nicht auf. Somit kann gemäss Art. 35 Z.P.O. jede *prozessfähige Partei* als Gesuchstellerin auftreten. Für die prozessunfähige Partei hat der gesetzliche Vertreter zu handeln. Es können mehrere Personen gemeinschaftlich als Gesuchsteller oder Gesuchsgegner in Betracht kommen, und zwar als *materielle* oder *formelle Streitgenossenschaft* (Art. 36 und 37 Z. P. O.). Als Beispiel einer formellen Streitgenossenschaft möge dienen: Der Vermieter beantragt im Wege einer einstweiligen Verfügung Exmission gegen Mieter und Untermieter wegen Ablauf des Mietvertrages.

Im Prozesse kann auch jeder Streitgenosse für sich und unabhängig von den Andern, oder wider ihren Willen gegen den gemeinsamen Beklagten eine einstweilige Verfügung erwirken. Er tut das in gesonderter Vorkehr (Art. 39, I Z. P. O.).

Der *Intervenient* des Klägers kann nicht eine einstweilige Verfügung gegen den Beklagten beantragen, da der Intervenient mangels eines eigenen Rechtsschutzanspruches nicht Partei ist und ihm daher nicht etwas zugesprochen werden kann, mit alleiniger Ausnahme der Prozesskosten [71]). Aus dem gleichen Grunde kann der Kläger auch nicht gegen den Intervenienten des Beklagten eine einstweilige Verfügung erwirken, weil der Intervenient, mit Ausnahme der Kosten zu keiner Leistung verurteilt werden kann.

Eine Ausnahme bildet der *streitgenössische Intervenient* (Art. 47 Z. P. O.), da gegen ihn das im Prozess ergehende Urteil unmittelbar wirksam ist.

Intervention und Streitverkündung im Verfahren über die einstweilige Verfügung selbst und bei selbständigen Gesuchen (ausserhalb eines Prozesses) erscheint schon aus der Natur der einstweiligen Verfügung und des summarischen Verfahrens überhaupt ausgeschlossen, da die geforderte Raschheit und Formlosigkeit desselben einer solchen Komplizierung der Prozedur entgegenstehen. Auch aus dem Wortlaut des Art. 44 Z. P. O. ergibt sich, dass für die Intervention das Interesse an der rechtskräftigen Erledi-

[71]) *Hellwig:* 225; *Leuch:* N 3, Art. 44.

gung des Rechtsstreites zugunsten einer Partei Voraussetzung bildet, die bei der einstweiligen Verfügung nicht gegeben ist.

Hingegen ist *materielle Streitgenossenschaft* (Art. 36 Z.P.O.) aus der Natur der Sache heraus zulässig, nicht aber formelle Streitgenossenschaft gemäss Art. 37 Z. P. O., die auch in Schuldbetreibungs- und Konkurssachen nur dort zulässig erklärt wird, wo nicht das summarische Verfahren eingreift (arg. aus Art. 37, II Z. P. O.).

Das Gesuch ist durch Art. 327, III in bezug auf seinen *Inhalt* näher bestimmt. Ueber die *Form* statuieren die allgemeinen Bestimmungen des summarischen Verfahrens, dass es *mündlich oder schriftlich* eingebracht werden kann, ohne dass ein Sühneversuch voranzugehen braucht (Art. 307 Z. P. O.). In Ermangelung anderweitiger Bestimmung genügt *eine* Ausfertigung [72]).

Inhaltlich hat das Gesuch gemäss Art. 327, III Z. P. O. die «begründenden Tatsachen und Beweismittel» anzuführen, und die in Händen des Gesuchstellers befindlichen Beweisurkunden sind beizulegen. Im Unterschied zur Klage (Art. 157 Z. P. O.) und zum Gesuch in Kompetenzsachen (Art. 294) wird somit kein formelles Rechtsbegehren gefordert. Es genügt, wenn sich aus dem ganzen Zusammenhang ergibt, was der Gesuchsteller verlangt. Das Rechtsbegehren kann eine oder mehrere einstweilige Verfügungen enthalten, oder es kann auch ein Eventualbegehren gestellt werden.

Eine *genaue* Parteibezeichnung wird nicht gefordert; doch ergibt sich schon aus den auch für das summarische Verfahren geltenden allgemeinen Bestimmungen (Art. 125 Z. P. O.), dass jeder Schriftsatz die Namen der Parteien bereits in seiner *Aufschrift* zu enthalten hat, ferner die Benennung des Schriftsatzes überhaupt und die Unterschrift der einreichenden Partei. Als Benennung dürfte « Gesuch » genügen (zum Unterschied von «Klage»); die volle Benennung wäre allerdings: «Gesuch um eine einstweilige Verfügung».

Auch die «begründenden Tatsachen» und die Beweismittel sind nicht wie bei der Klage erschöpfend aufzuzählen, indem «für jede Tatsache die genaue Angabe der einzelnen Beweismittel» gemacht wird. Es genügt vielmehr eine summarische Begründung und summarische Angabe der Beweismittel.

---

[72]) *Leuch:* N 2, Art. 307.

Immerhin muss die *Begründung* in der Weise geschehen, dass aus ihr unzweideutig hervorgeht:

1. Das Bestehen eines Rechtsschutzanspruches, der im Wege der Klage geltend gemacht werden kann, und der Inhalt desselben;
2. das Vorliegen der besonderen Voraussetzungen einer einstweiligen Verfügung nach Art. 326 Z. P. O.

Ebenso müssen die *Beweismittel,* sowohl für den behaupteten Rechtsschutzanspruch im allgemeinen, als auch für das Vorliegen der besonderen Gründe, als Voraussetzung für eine einstweilige Verfügung angegeben werden. Dass Beweisurkunden beizulegen sind, ist eine Vorschrift, welche für einstweilige Verfügungen noch wichtiger ist, als für die Klage selbst (Art. 158 Z. P. O.), weil es ja hier auf die Schnelligkeit der Entscheidung ganz besonders ankommt, und die durch angeschlossene Belege naturgemäss befördert wird.

Zum Beweise sind alle Beweismittel zugelassen, da weder die allgemeinen Bestimmungen über das summarische Verfahren, noch die besonderen Bestimmungen über einstweilige Verfügungen (Titel IV des II. Abschnittes) eine abweichende Vorschrift enthalten.

Rechtserörterungen können in die Begründung des Gesuches um so mehr aufgenommen werden, als sie selbst in einer Klage nicht untersagt sind und welcher ja immer noch mündliche Vorträge folgen. *Der Verbindung des Gesuches mit einer Klage* im gleichen Schriftsatz steht nichts entgegen (arg. aus Art. 157, Ziff. 2 Z. P. O. *«die* Rechtsbegehren [Anträge]»).

Die Partei kann das Gesuch selbst abfassen oder die Abfassung einem Anwalt übertragen (Art. 83 Z. P. O.).

Der Richter hat das *Datum* der Anbringung des Gesuches zu *bescheinigen* (Art. 307 Z. P. O.). Mit der Anbringung des Gesuches tritt die *Rechtshängigkeit* ein (Art. 307, II). Die in Art. 160 Z. P. O. geregelten Wirkungen der Rechtshängigkeit können aber der Natur der Sache gemäss nur sehr beschränkte Anwendung finden.

Die Unterbrechung der Ersitzung und Verjährung (Art. 160, Ziff. 1 Z. P. O.) kommt nur jenen prozessualen Akten zu, die kraft eidgenössischen Rechts mit dieser Wirkung ausgestattet sind [73]).

[73]) *Leuch:* N 2, Art. 160; *von Tuhr:* Seite 616.

Das eidgenössische Recht legt eine solche Wirkung nur der Klage oder Einrede (vor einem Gericht oder Schiedsgericht), sowie einer Konkurseingabe und einer Ladung zum amtlichen Sühneversuch bei. Von diesen Akten könnte in unserem Falle nur jener der Klage in Betracht gezogen werden. Es ist zu erwägen, ob das ausserhalb eines Prozesses angebrachte Gesuch um eine einstweilige Verfügung als ein *Klagesurrogat* in diesem Sinne anzusehen sei [74]).

Die Frage ist zu verneinen. Nach bundesgerichtlicher Judikatur [75]) ist unter Klage im Sinne des Art. 135 O. R. zu verstehen: «diejenige prozesseinleitende oder vorbereitende Handlung des Klägers, mit der er zum erstenmal in bestimmter Form für den von ihm erhobenen Anspruch den Schutz des Richters anruft». Diese Definition passt kaum auf das Gesuch um eine einstweilige Verfügung ausserhalb eines Prozesses. Wohl wird damit zum erstenmal für einen Anspruch der Schutz des Richters angerufen, aber nicht seitens eines *Klägers*, und nicht als *prozesseinleitende* oder *vorbereitende* Handlung, sondern durch einen einem eventuell späteren Prozesse gegenüber verselbständigten und im Prinzip von ihm unabhängigen Akt.

Auch die Wirkung der Ziff. 2, Art. 160 Z. P. O.: *Begründung des Gerichtsstandes der Widerklage* kann für das Gesuch um eine einstweilige Verfügung *nicht zutreffen.* Sowohl der summarische Charakter, als auch die Beschränkung der Rechtsverteidigung in Sachen, die keine abschliessende Entscheidung bezwecken, schliessen die Zulassung einer Widerklage im Verfahren über eine einstweilige Verfügung aus, zumal auch das einleitende Gesuch keine Klage ist [76]).

Schliesslich ist Ziff. 3, Art. 160, Z. P. O. nur beschränkt anwendbar. Die *Einrede der Rechtshängigkeit* kann angesichts einer dem eingeleiteten Verfahren über eine einstweilige Verfügung nachfolgenden Klage nicht erhoben werden, wie bereits aus den bisherigen Darlegungen hervorgeht. Diese Einrede kann nur Bedeutung gewinnen, wenn ein weiteres gleiches Gesuch um eine einstweilige Verfügung, während der Dauer des Verfahrens über das

[74]) Dass ein in einem hängigen Prozess angebrachtes Gesuch um eine einstweilige Verfügung kein Klagesurrogat ist, bedarf wohl keiner nähern Untersuchung, da ja kein der Klage gegenüberstehender neuer Anspruch erhoben wird.

[75]) *Praxis.* Band 12, No. 49. Erw. 1.

[76]) Z Band 5, 65; Band 10, 152; Band 25, 559.

erste Gesuch, bei demselben oder einem andern Gerichte anhängig gemacht wird.

Der Richter wird das angebrachte Gesuch analog der Klage (Art. 161 Z. P. O.) einer vorläufigen Prüfung unterziehen, um festzustellen, ob es die *formellen Erfordernisse* der Art. 125 und 327, III Z. P. O. erfüllt, und ob der unterzeichnende Anwalt zu seinem gerichtlichen Auftreten befugt ist (Art. 84 und 161 Z.P.O.). Fehlt es an solchen Erfordernissen, so wird der Richter zu deren Beseitigung auffordern und im Falle der Nichtbeseitigung der Formgebrechen das Gesuch ohne Prüfung seiner Begründetheit zurückweisen [77]). Gegen diese Rückweisung ist, wenn in ihr eine Amtsverletzung liegen sollte, *Beschwerde* gemäss Art. 374, Ziff. 1 zulässig.

Erweist sich das Gesuch als zur meritorischen Behandlung geeignet, so wird der Richter vom Gesuchsteller die Pauschalgebühr vorschussweise einfordern (Art. 312), sofern sie nicht schon gleichzeitig einbezahlt worden ist. Ohne Leistung des Vorschusses für die Gerichtsgebühren wird die Sache nicht an Hand genommen und bei Nichtleistung trotz zweimaliger Aufforderung abgeschrieben.

Durch Erlangung des Armenrechts kann sich der Gesuchsteller von dieser Vorschusspflicht befreien (Art. 81 Z. P. O.).

Weder Gerichtsferien (Art. 315) noch — bei besonderer Dringlichkeit — Sonn- und Feiertage stehen der Behandlung eines Gesuches um eine einstweilige Verfügung entgegen (Art. 117 Z. P. O.).

Eine *Zustellung* des Gesuches *an den Gesuchsgegner*, wie etwa bei der Klage (Art. 161), ist nicht vorgesehen. Der Richter wird im Falle einer Vernehmlassung das Gesuch dem Gesuchsgegner zur Einsicht und Rücksendung überlassen oder auf der Gerichtsschreiberei zu seiner Einsicht auflegen, wo sich der Gesuchsgegner auch eine Abschrift bestellen kann (Art. 132, II).

Sofern sich das Gesuch nicht zum vornherein als unbegründet erweist, kann der Richter «schon auf die Einreichung des Gesuches hin» in Fällen dringender Gefahr gemäss Art. 328 «die vorläufigen Verfügungen» treffen, welche er für notwendig erachtet, um die Ansprüche des Gesuchstellers bis zum Entscheid über die einstweilige Verfügung sicherzustellen.

---

[77]) *Leuch:* N 5, Art. 161.

Solche «vorläufige Massnahmen» (Marginale zu Art. 328) waren schon dem alten Recht als sogenannte *superprovisorische Verfügungen* (§ 308) bekannt. Wir werden diese Bezeichnung hier beibehalten, um keine Verwechslungen mit der einstweiligen Verfügung aufkommen zu lassen, da der Ausdruck «vorläufige Massnahmen» zu wenig technisch ist.

Die superprovisorische Verfügung hat den Zweck, Massnahmen, die wegen dringender Gefahr nicht einmal diesen Aufschub ertragen, den eine Vernehmlassung der Beteiligten bedingt, sofort anordnen zu können. Beispiele solcher dringender Gefahrsfälle sind: Zuleitung von Wasser in die Liegenschaft des Petenten, Verhinderung des Wasserablaufs aus der höher gelegenen Liegenschaft, Abgrabungen oder Untergrabungen einer Liegenschaft, Verschleppung, Vernichtung von Sachen des Petenten und dergl. mehr.

Inhaltlich unterscheidet sich eine superprovisorische Massnahme nicht von einer einstweiligen Verfügung (vergl. unter IV, 1 hernach). Der Richter kann das gleiche, was er in letzterem Falle anzuordnen berechtigt ist, auch in ersterem anordnen. Doch liegt es auf der Hand, dass er wegen fehlender Sachfeststellung a prima vista sich möglichst auf konservatorische Massregeln beschränken wird. Vor allem wird er solche zu vermeiden suchen müssen, die theoretisch sich vielleicht als provisorisch, praktisch aber als definitiv darstellen, wie zum Beispiel Ausweisung von Mietern und Pächtern [78]).

Statt antizipierter Erfüllung wird er *vorläufige Hinterlegung* bis zur Entscheidung über die einstweilige Verfügung anordnen, oder sich mit einem Veränderungsverbot begnügen, sofern dieses genügend wirksam sein sollte.

Ist für die Partei, gegen welche die superprovisorische Verfügung sich richtet, ein Schaden zu befürchten, so hat der Richter gemäss Art. 329 die Vollziehung der Verfügung von einer *Sicherheitsleistung* des Gesuchstellers abhängig zu machen. Das Nähere bezüglich dieser Sicherstellung wird unter IV, 1 behandelt werden, worauf hiemit verwiesen wird.

Die superprovisorische Verfügung fällt dahin, sobald der Entscheid über die einstweilige Verfügung getroffen ist, gleichgültig, ob der Entscheid ein zusprechender oder abweisender ist. Deckt

[78]) *Leuch:* N 1, Art. 328.

sich die superprovisorische Verfügung mit der später ergehenden einstweiligen Verfügung, so besteht sie fortan als einstweilige Verfügung. Dies ist auch der Fall, wenn gegen die einstweilige Verfügung appelliert wird, da die Weiterziehung keine aufschiebende Wirkung hat (Art. 336, III Z. P. O.). Wird aber der Appellation durch den Präsidenten des Appellationshofes aufschiebende Wirkung erteilt, so wird hiemit zugleich die Gültigkeit der einstweiligen Verfügung suspendiert, nicht aber die der superprovisorischen Massnahme.

Doch kann der Präsident des Appellationshofes auch die superprovisorische Verfügung abändern, aufheben (Art. 331), und auch nach Aufhebung eine neue treffen (Art. 336, III).

Selbst dem die superprovisorische Verfügung treffenden Richter erster Instanz steht es zu, dieselbe noch vor Erlassung der einstweiligen Verfügung aufzuheben oder abzuändern (Art. 331 Z. P. O.).

3. Durchführung des Verfahrens.

Wie aus den bisherigen Darlegungen bereits hervorgeht, handelt es sich bei der einstweiligen Verfügung um keinen definitiven richterlichen Entscheid, der unter den Parteien Recht schafft. Diesem provisorischen Charakter entsprechend hat sich auch das Verfahren anzupassen. Es braucht keine abschliessende Prüfung des Streitfalles vorgenommen zu werden, und kann es auch nicht, wenn die geforderte Raschheit der Entscheidung erreicht werden soll. Vielmehr handelt es sich in diesen Fällen um eine bloss *summarische Kognition.* Diesem Zwecke sind denn auch die Bestimmungen über die Durchführung des summarischen Verfahrens angepasst, die nunmehr zu behandeln sind.

Nach dem fundamentalen Prozessgrundsatz des beiderseitigen Gehörs hat der Richter auf das Gesuch hin den Beteiligten Gelegenheit zur Vernehmlassung zu geben. Er darf von diesem Prinzip nur abweichen, wenn Gefahr im Verzuge ist (Art. 308, I). Hingegen ist ihm anheimgestellt, «eine förmliche Parteiverhandlung», das heisst eine kontradiktorische Verhandlung anzuordnen oder nicht (Art. 309).

Im Sinne dieser ausserordentlich elastischen Bestimmungen ist dem Richter die Möglichkeit eröffnet, sich stets der gegebenen Sach- und Interessenlage nach Bedarf anzupassen. Von der Ent-

scheidung ohne jedwede Einvernahme bis zur förmlichen Parteiverhandlung stehen ihm alle Wege richterlicher Kognition offen. Es ist seiner diskretionären Gewalt überlassen, die Prozedur in jedem Einzelfalle individuell zu bestimmen und die angemessenste Art des Vorgehens frei zu wählen. Da er auch keineswegs an den einmal eingeschlagenen Weg gebunden ist, kann man mit Fug von einer Art «Carte blanche» der Prozedur sprechen. Doch ist dieses Ermessen naturgemäss nicht mit Willkür gleichzusetzen. Ungerechtfertigte Unterlassung der Einvernahme eines Beteiligten wäre ein Nichtigkeitsgrund nach Art. 360, Ziff. 2 Z. P. O.

Wie wirkt sich nun dieses freie Ermessen des Richters in bezug auf den einzuschlagenden Weg bei Behandlung der Gesuche um einstweilige Verfügungen aus?

Bei einstweiligen Verfügungen kommt vor allem in Betracht, ob sie in einem hängigen Prozess oder ausserhalb eines solchen anbegehrt werden, und im letzteren Falle, ob eine Frist zur Anhebung eines Hauptprozesses der Natur der Sache gemäss zu setzen sein wird, oder ob es sich um Aenderung der durch die einstweilige Verfügung geschaffenen Sachlage nicht mehr handeln kann, sondern nur noch um einen eventuellen Schadenersatzanspruch (vergl. unter IV, 1 hernach).

Da die Korrektur eines dem wahren Sachverhalt nicht entsprechenden Entscheides im Wege der Schadenersatzklage (Art. 332) häufig nur in unvollkommener Weise möglich ist, wird der Richter besonders in diesen Fällen nach Möglichkeit eine kontradiktorische Verhandlung anzuordnen haben. Jedenfalls dürfte die kontradiktorische Verhandlung bei einstweiligen Verfügungen als die Regel betrachtet werden [79]), die Vernehmlassung ohne förmliche Verhandlung als die Ausnahme. Dies um so mehr, als ja der Richter inzwischen superprovisorische Massnahmen treffen kann (Art. 328). Die Unterlassung von Vernehmungen dürfte nur in ganz ausserordentlichen Fällen bei dringender Gefahr, oder wenn das Gesuch von vornherein als begründet erscheint, zulässig sein. Gemäss Art. 205 Z. P. O. können die Parteien auf die Teilnahme an der Verhandlung verzichten. Das Gericht ist allerdings an einen solchen Verzicht nicht gebunden, doch dürfte ein Verzicht des Gesuchgegners unter Umständen als Zustimmung zum Begehren um die einstweilige Verfügung aufgefasst werden (Art. 215 Z. P. O.).

[79]) *Leuch:* N 1, Art. 309.

Auch bei Anordnung einer förmlichen Verhandlung gibt das Gesetz dem Richter die Möglichkeit an die Hand, der geforderten Raschheit des Verfahrens Rechnung zu tragen. So bestimmt Art. 104, dass die Ladungsfrist auf 48 Stunden vor dem in der Ladung bezeichneten Termine angesetzt werden kann. Diese Frist kann, gestützt auf Art. 306 und analog Art. 115, auf 24 Stunden verkürzt werden. Bei Gefahr im Verzuge erscheint sogar eine noch weitergehende Kürzung als nicht ausgeschlossen [80]). Jedenfalls muss aber die Ladung schriftlich erfolgen (Art. 100 ff.), und zwar durch eingeschriebenen Brief (Art. 311), oder es kann aber auch eine sofortige Zustellung durch einen Weibel angeordnet werden (Art. 103).

In der Regel wird der Richter auf das Gesuch hin, unter Mitteilung desselben an den Gesuchsgegner, gleich zur Parteiverhandlung laden.

Hat der Richter eine Parteiverhandlung angeordnet, so haben beide Parteien zu erscheinen. Die Bestimmung des Art. 319 Z. P. O., nach welcher der Richter auch bei Ausbleiben der Parteien das Begehren zu prüfen und zu beurteilen hat, bezieht sich nur auf Sch. K. G.-Sachen, insbesondere auf Rechtsöffnungsbegehren. In allen andern Fällen, insbesondere im Verfahren über einstweilige Verfügungen gelten gemäss Art. 306 die allgemeinen Bestimmungen des ordentlichen Verfahrens.

Darnach hat das Ausbleiben oder Nichtverhandeln einer Partei im Termin den Einfluss, dass der Richter nur auf Grund der Anträge der nichtsäumigen Partei seine Verfügungen trifft (Art. 283 Z. P. O.). Ausbleiben des Gesuchstellers hat daher zur Folge, dass der Richter den Gesuchsgegner zum einseitigen Vortrage zulässt. Er hat dabei die Anbringen des Gesuchstellers (im Gesuche) zu berücksichtigen, kann aber nach freiem Ermessen die tatsächlichen Anbringen der erschienenen Gegenpartei als erwahrt ansehen und das Gesuch abweisen. Nur insofern er Grund hat, diese Anbringen zu bezweifeln wird er eine Beweisführung veranlassen (Art. 206—208).

Lässt er eine solche zu und führt er sie nicht sofort durch, so kann der Gesuchsteller bei der Beweisverhandlung erscheinen und an derselben teilnehmen. Der Richter wird aber bei einstweiligen Verfügungen wohl selten bei Säumnis des Gesuchstellers

[80]) *Leuch:* N 1, Art. 104.

noch eine Beweisverhandlung zulassen, da die Wahrheitsfeststellung im summarischen Verfahren an weniger strenge Voraussetzungen gebunden ist, und den Parteirechten nicht endgültig durch den Entscheid präjudiziert wird.

Bleibt der Gesuchsgegner aus, so wird der Richter in den meisten Fällen auf Grund der einseitigen Anbringen des Gesuchstellers, wenn diese die einstweilige Verfügung rechtfertigen, eine solche bewilligen. Doch hat er auch hier, sofern über die einstweilige Verfügung im Laufe eines hängigen Prozesses verhandelt wird, die bisherigen Anbringen des Beklagten zu berücksichtigen.

Bleiben beide Parteien im Termin aus, so fällt der Termin dahin. Der Richter hat gegenüber den ausgebliebenen Parteien oder ihren Anwälten eine Busse von Fr. 5—100 auszusprechen, wenn das Nichterscheinen nicht hinreichend entschuldigt wird. Er wird aber im Verfahren über einstweilige Verfügungen auch von seinem Rechte Gebrauch machen dürfen, die Parteien zur Verantwortung aufzufordern und bei Nichtentschuldigung des Ausbleibens die Rechtssache, insoweit sie die einstweilige Verfügung betrifft, abschreiben unter Kostenauflage an die Parteien zu gleichen Teilen (Art. 285 Z. P. O.). Das präjudiziert immerhin nicht eine neuerliche Anbringung des Gesuches [81]).

Eine Wiedereinsetzung gemäss Art. 288 ff. erscheint bei einstweiligen Verfügungen ausgeschlossen, da sie sich mit der gebotenen Raschheit des Verfahrens nicht vertragen würde [82]), und überdies auch nach Art. 314 gegen Verfügungen und Entscheide im summarischen Verfahren, mit Ausnahme der Appellation in den ausdrücklich bezeichneten Fällen und der Nichtigkeitsklage «keine Rechtsmittel ergriffen werden dürfen».

Erscheinen die Parteien im Termin, so spielt sich die Verhandlung nach den Prinzipien des ordentlichen Verfahrens ab, doch mit den dem summarischen Verfahren entsprechenden Modifikationen. Eine gesonderte Verhandlung über Vorfragen (Art. 182 und 190 Z. P. O.) [83]), oder eine Beschränkung der Verhandlung auf die Entscheidung einzelner formeller Einwände oder einzelner erhobener Einreden (Art. 196), würde dem Wesen des summarischen Verfahrens widersprechen (Art. 306).

[81]) *Leuch:* N 11a, Art. 192; N 1, Art. 285.
[82]) *Leuch:* N 3, Art. 288.
[83]) *Leuch:* N 1, Art. 300.

Begehren um Sicherheitsleistung für die Prozesskosten und unzulässig (Art. 313 Z. P. O.).

Die Fassung formeller Beweisbeschlüsse darüber, über welche Tatsachen, durch welche Partei und mit welchen Beweismitteln der Beweis zu führen sei (Art. 197), würde keineswegs der prinzipiellen Formfreiheit des summarischen Verfahrens entsprechen. Dies um so weniger, als Art. 326, Abs. 1 für den Erlass einer einstweiligen Verfügung nur *Glaubhaftmachung* und nicht strikte Beweiserbringung verlangt.

Die Glaubhaftmachung unterscheidet sich von der eigentlichen Beweisführung namentlich durch ihren beweistechnischen Erfolg. Sie soll dem Richter nicht die absolute Ueberzeugung von der Richtigkeit einer Tatsache verschaffen, sondern ihm nur den Eindruck einer gewissen Wahrscheinlichkeit geben, welche immerhin noch die Möglichkeit des Gegenteils zulässt[84]).

Art. 310 bestimmt: «Der Richter nimmt die nötigen tatsächlichen Feststellungen mit oder ohne Anwesenheit der Parteien vor, erlässt seine Verfügung und eröffnet solche ...». Daraus ergibt sich, dass es sich um keine gegliederte Verhandlung, noch weniger um eine gegliederte Beweisverhandlung handelt mit Beweisanerbieten, Beweisbeschluss, kontradiktorische Beweiserbringung und Beweiserörterung, sondern um an keine Form und Gliederung gebundene richterliche Feststellung kurzerhand. Die Mittel zu diesen notwendigen richterlichen Feststellungen sind allerdings die gleichen wie bei der förmlichen Beweiserbringung: Urkunden, Zeugen, Sachverständige, Augenschein, Parteiverhör und Beweisaussage (Art. 212—279 Z. P. O.). Es dürften dazu noch *Auskunftseinholungen* aller Art hinzukommen, insbesondere bei Behörden, zum Beispiel dem Grundbuchamt, Handelsregister-, Betreibungsbehörden usw.

Naturgemäss wird der Richter diesen Beweismitteln den Vorzug geben, die eine möglichst rasche Glaubhaftmachung vermitteln.

Urkunden, Augenschein und *Parteiverhör* dürften dabei die Hauptrolle spielen, letzteres um so mehr, als es kein subsidiäres Beweismittel ist, sondern auch anderen vorangestellt werden darf.

[84]) *Wetzell:* System des ordentlichen Zivilprozesses, § 29. *Schmidt:* Lehrbuch des deutschen Zivilprozesses, Seite 472. *Jäger:* N 11, Art. 82 Sch. K. G. — Z Band 31, 116; 118.

Vertagungen, die schon im ordentlichen Verfahren möglichst vermieden werden, dürften hier weit mehr nur in Ausnahmefällen zugelassen werden.

Für die Protokollierung gilt die Vorschrift von Art. 297, III.

Wo eine förmliche Parteiverhandlung nicht nötig erscheint, wird sich der Richter mit einer Vernehmlassung der Beteiligten, insbesondere des Gesuchgegners, begnügen. Das wird meistens der Fall sein bei einstweiligen Verfügungen gemäss Ziff. 1, wo schon aus den Streitschriften der Tatbestand erhellt und die Bescheinigung einer Anspruchsgefährdung nicht verlangt wird. Auch nach Ziff. 2 dürfte oft eine blosse Vernehmlassung genügen, zumal bei Besitz*rechts*ansprüchen, bei welchen die grundlegenden Verträge dem Gesuche beigelegt werden.

Die *Vernehmlassung* kann nicht nur mündlich, sondern *auch schriftlich* erfolgen (Art. 308). Eine schriftliche Vernehmlassung wird in den Fällen genügen, wo die Sache liquid erscheint oder durch die schriftliche Erklärung liquid gestellt zu werden verspricht. Hingegen dürfte eine telephonische Vernehmlassung kaum zulässig sein, weil der Protokollierungszwang (Art. 126 ff.) auch für summarische Sachen gilt, und um so notwendiger erscheint, je freier die Verhandlung vor sich geht. Die Frist zur Vernehmlassung kann bis auf 24 Stunden abgekürzt werden (Art. 115). Für die Einreichung der Vernehmlassung genügt *eine* Ausfertigung.

Die Fälle, wo der Richter auch von einer Vernehmlassung Umgang nehmen darf, sind nach Art. 308, I diejenigen, wo Gefahr im Verzuge ist. Daraus folgt, dass selbst bei liquid erscheinenden Gesuchen die Vernehmlassung in der Regel anzuordnen ist. Aber selbst bei Gefahr im Verzuge wird zu erwägen sein, ob nicht zunächst eine superprovisorische Massnahme anzuordnen und sodann — nachdem die dringendste Gefahr beseitigt ist — zu einer Vernehmlassung bezw. einer kontradiktorischen Verhandlung zu schreiten sei.

Sofort nach Beendigung der nötigen tatsächlichen Feststellungen, die der Richter bei Gefahr im Verzuge auch in Abwesenheit der Parteien treffen kann, erlässt er seine Verfügung und eröffnet sie, sofern die Parteien anwesend sind, mündlich, sonst

durch Zustellung einer Abschrift an die Beteiligten (Art. 310) [85]). Die Eröffnung an die säumige Partei setzt die Rechtsmittelfristen in Gang, ist aber nicht Voraussetzung der Vollstreckbarkeit nichtappellabler Entscheide gegen den Säumigen (arg. aus Art. 316 Z. P. O.) [86]).

IV. Der Entscheid.

Der richterliche Entscheid besteht bei Abweisung des Gesuches um eine einstweilige Verfügung, aus dem Abweisungsbeschluss unter Begründung desselben, bei Gutheissung in der Anordnung der betreffenden Massnahme (einstweilige Verfügung) samt Begründung. Ausserdem können als weitere Bestandteile hinzukommen: die Auflage einer Sicherheitsleistung an den Gesuchsteller (Art. 329) und eine Fristansetzung zur Anhebung des Hauptprozesses (Art. 330), und ebenso ein Kostenspruch.

1. Die Art der einstweiligen Verfügung.

Gegenstand der Verfügung muss ein Recht bilden, das einer Verwirklichung, das heisst einer realen Durchsetzung fähig ist. Wie bereits unter I, 2 hervorgehoben wurde, kommen nur Ansprüche auf Individualleistungen in Betracht (im Gegensatz zum Arrest). In bezug auf die zu bewilligende *Massnahme* wurde bereits unter II, 3 hervorgehoben, dass der Richter einer weniger weitgehenden Massnahme gegenüber einer einschneidenderen den Vorzug geben wird. Er ist an die diesbezüglichen Anträge des Gesuchstellers nur insoweit gebunden, als er nicht über dieselben hinaus gehen darf (arg. aus Art. 202). Wenn aber der Gesuchsteller, wie bereits ausgeführt wurde, ein Recht auf Bewilligung einer einstweiligen Verfügung hat — sobald die Voraussetzungen des Art. 326 zutreffen —so hat er doch nicht einen Anspruch auf eine von ihm gewählte, sondern nur auf eine dem vorsorglichen Zwecke entsprechende Massnahme.

Was zweckentsprechend ist, bestimmt der Richter nach seinem von der Abwägung der Interessenlage *beider Teile* geleiteten Ermessen. Art. 326 besagt auch nicht, dass der Richter die bean-

[85]) Im summarischen Verfahren werden im Gegensatz zu den Kompetenzsachen gesonderte Aktenhefte nach Vorschrift von Art. 133 geführt.
Leuch: N 3, Art. 310.

[86]) *Leuch:* N 1, Art. 316; N 3, Art. 310.

tragte einstweilige Verfügung zu bewilligen habe, sondern *eine* einstweilige Verfügung. Da es sich hier um eine Sicherung der Urteilserfüllung handelt, liegt der Fall ähnlich demjenigen des Art. 41, wo der Rechtsnachfolger Sicherheit leisten muss, dass dem Urteil stattgetan werde. Auch hier ist die Bestimmung der Sicherheit Sache des Richters (vergl. auch Art. 71 und 76 Z. P. O.). Der Zweck der einstweiligen Verfügung erscheint als verschieden, je nachdem es sich um eine einstweilige Verfügung nach Ziff. 1, 2 oder 3 von Art. 326 handelt.

Da die vorsorgliche Massnahme *Privatrechte der Parteien* betrifft, so darf wohl der Richter keine Massnahme treffen, die das Zivilrecht mit Einschluss des kantonalen Einführungsrechtes überhaupt nicht kennt, oder die einer Vorschrift desselben widerstreiten würde (zum Beispiel Zwang zu persönlichen Dienstleistungen, zur Aufrechterhaltung einer persönlichen Gemeinschaft). Die Anordnung muss sich in den Grenzen des zu sichernden Anspruchs halten. Massnahmen, die der Gläubiger nach dem zwischen den Parteien bestehenden Rechtsverhältnis auch in einem obsiegenden Urteil nicht erzielen könnte, können um so weniger Gegenstand einer einstweiligen Verfügung sein. Steht zum Beispiel ein Mitbenutzungsrecht in Streit, so kann die einstweilige Verfügung nicht die alleinige Nutzung zuweisen.

Als *konservatorische* Massnahmen nach Ziff. 1 können insbesondere folgende in Betracht kommen:

Bei streitbefangenen Liegenschaften und dinglichen Rechten an solchen, die Vormerkung einer *Verfügungsbeschränkung im Grundbuch* auf Grund von Art. 960, Ziff. 1 Z. G. B. Hingegen darf der Richter nicht eine Grundbuchsperre verfügen, weil der genannte Artikel eine solche nicht kennt und auch das kantonale Recht eine solche nicht vorsieht (wie zum Beispiel § 293, Ziff. 4, Zürcher Zivilprozess-Ordnung). Eine Grundbuchsperre ist weitergehend als eine blosse Verfügungsbeschränkung, indem sie jeden weiteren Grundbucheintrag untersagt, während die Verfügungsbeschränkung weiteren Einträgen an sich nicht im Wege steht. Sie hat nur gegenüber jedem später erworbenen Recht Wirkung [87]).

Bei streitbefangenen beweglichen Sachen wird *Beschlagnahme* oder *Hinterlegung* beim Gericht oder an einem dritten Orte anzu-

[87]) Vgl. *Leemann:* Grundbuchsperren im kantonalen Recht. — J Z Band 23, 209 ff. — Z Band 64, 523.

ordnen sein. Der Unterschied einer Beschlagnahme als einstweilige Verfügung von einer Beschlagnahme im Arrestwege wurde bereits unter I, 2 hervorgehoben. Es handelt sich hier um die Erhaltung eines individuell bestimmten Leistungsgegenstandes, — der nicht Geldleistung ist — bis zum Austrage des Streites.

Darum müsste der Antrag eines Gläubigers auf eine einstweilige Verfügung durch Untersagung der Löschung der Firma seines Schuldners im Handelsregister, bis zur Befriedigung seiner Forderung oder gerichtlichen Hinterlegung des Betrages derselben abgewiesen werden. Es handelt sich hier nämlich um die Sicherung von Geldforderungen, die im Wege des Arrestes geltend zu machen ist.

Hingegen ist bei Firmenstreitigkeiten eine konservatorische Massregel durch einstweilige Verfügung zulässig, bestehend in einer *Sperre des Handelsregisters* für Aenderungen und Löschungen einer Firma während der Schwebe des Prozesses (siehe Art. 30 der Verordnung betreffend das Handelsregister vom 6. Mai 1890). Ebenso ist bei *Patent-, Marken- und Musterstreitigkeiten* eine Sperre des betreffenden Registers für eine Eintragung bezw. Aenderung einer solchen während der Schwebe des Prozesses zulässig (arg. aus Art. 31 und 24 ff. des Bundesgesetzes betreffend den Schutz der Fabrik- und Handelsmarken usw. vom 26. September 1890).

Bei anderen Streitgegenständen (zum Beispiel Inhaberschaft oder Abtretung einer Forderung, Uebertragung von Patenten) wird die einstweilige Verfügung zur Erhaltung des gegenwärtigen Zustandes in einem *Verbot der Veränderung* unter Androhung der Ungehorsamsstrafen gemäss Art. 403 Z. P. O. bestehen.

Als *Massnahmen nach Ziff. 2, Art. 326* kommen nicht nur konservatorische, sondern auch solche *antizipierter Erfüllung* in Betracht. Meistens wird es sich hier um Rückgabe des entzogenen oder vorenthaltenen Besitzes handeln. Die einstweilige Verfügung wird in diesen Fällen *auf ein Tun* lauten und zugleich die Frist bestimmen, binnen welcher — «bei sonstiger Zwangsvollstreckung» — der Verpflichtete seine Verbindlichkeit zu erfüllen hat (Art. 404 Z. P. O.). Auch direkte *Einsetzung in den Besitz durch den Richter* — nicht erst durch den Vollstreckungsrichter — ist als einstweilige Verfügung möglich (arg. aus Art. 407 Z. P. O.).

Bei Besitzesstörungen kann die einstweilige Verfügung auf *Unterlassung weiterer Störungen* unter Androhung von Ungehorsamsstrafen lauten (Art. 403 und 407, II Z. P. O.).

Sehr ausgedehnt ist das Gebiet der *einstweiligen Verfügungen, die nach Ziff. 3, Art. 326* in Anwendung gebracht werden können. Es kommen hier nämlich im Prinzip alle Leistungen und Unterlassungen in Betracht, zu denen ein Beklagter überhaupt verurteilt werden kann. Insbesondere kann der Richter Eintragungen, Löschungen und Vormerkungen im *Grundbuch,* im *Handelsregister,* in den Registern des *eidgenössischen Amtes für geistiges Eigentum* und in anderen öffentlichen Registern (zum Beispiel Eigentumsvorbehaltsregister) anordnen. Er kann *Anweisungen an Behörden* erteilen, zum Beispiel Anweisung an das Patentamt, die Originalpatenturkunde dem Gerichte, zuhanden der obsiegenden Partei auszuhändigen; an die Erbschaftsbehörde den Erbschein nicht auszustellen (Art. 559 Z. G. B.); an den Erbschaftsverwalter, die Erbschaft nicht auszuliefern (Art. 559, II Z. G. B.).

Er kann *Unterlassungen* (zum Beispiel von Konkurrenzgeschäften, von Boykott, Führung gewisser Namens- und Firmenbezeichnungen, von Fabrikation und Verkauf gewisser Produkte, von gewissen Veröffentlichungen) und *Duldungen* (zum Beispiel Duldung einer Servitutsausübung, des Einzuges eines Mieters, des Betretens der Mietwohnung durch Kaufinteressenten) auferlegen. Er kann *Leistungen aller Art* (mit Ausnahme direkter Geldleistungen) auferlegen, wie die Abgabe von Willenserklärungen (zum Beispiel Einwilligung zur Ausfolgung gewisser Depositen), Handlungen vertretbarer und nichtvertretbarer Art. Er kann den Gesuchsteller *ermächtigen,* gewisse *Leistungen* auf Kosten des Gesuchsgegners *vornehmen zu lassen* (Art. 98 O. R.).

Analog einem Urteil hat der Entscheid über einstweilige Verfügungen auch die *Erwägungen* zu enthalten. Dem summarischen Charakter entsprechend dürfte aber in einfacheren Fällen, insbesondere in denen der Ziff. 1, Art. 326 die Berufung auf die Anbringen und die massgebenden Gesetzesstellen genügen [88]). In den Fällen der Ziff. 2 und 3, Art. 326 werden auch die tatsächlichen Feststellungen des Richters anzuführen sein, insoweit sie nicht bereits im Protokoll enthalten sind.

---

[88]) Geschäftsbericht des Obergerichtes 1918, S. 4.

2. Auflage einer Sicherheitsleistung.

Art. 329 bestimmt, dass der Richter die Vollziehung seines Entscheides von vorheriger angemessener Sicherheitsleistung des Gesuchstellers abhängig zu machen hat, wenn für die Partei, gegen welche die einstweilige Verfügung verlangt wird, ein Schaden zu befürchten ist.

Die ganze Fassung des Artikels lässt kaum einen Zweifel darüber übrig, dass die Sicherheitsauflage von *Amtes wegen,* nicht erst auf Antrag des Interessierten anzuordnen ist, wenn ihre Voraussetzungen als gegeben erscheinen [89]). In der Voraussetzung, dass für die Partei, gegen welche die einstweilige Verfügung verlangt wird, ein Schaden zu befürchten ist, liegt zweierlei:

1. Wenn der Anspruch des Gesuchstellers nicht zweifelsohne begründet ist;
2. wenn im Falle der Unbegründetheit des Anspruchs durch die einstweilige Verfügung ein Schaden entstehen kann.

Es wurde bereits hervorgehoben, dass der Richter nicht bei Prüfung des Gesuches den Rechtsanspruch des Gesuchstellers meritorisch zu beurteilen hat. Eine Glaubhaftmachung genügt. Steht aber der Anspruch nicht über jeden Zweifel fest, so muss damit gerechnet werden, dass er in einem nachfolgenden Urteil eventuell abgewiesen werden könnte. Soll trotzdem eine einstweilige Verfügung bewilligt werden, so muss darauf gesehen werden, ob im Falle der Unbegründetheit des Anspruches aus der einstweiligen Massnahme für den Verpflichteten ein Schaden entstehen kann.

Unter Schaden ist hier, wie bei Erörterung des Artikels 332 noch näher ausgeführt werden wird, ein Vermögensschaden zu verstehen, nicht etwa «tort moral». Ein Schaden ist u. a. nicht zu befürchten, wenn die Solvenz und die Bonität des Gesuchstellers keine Bedenken darüber aufkommen lassen, dass er einer Schadenersatzforderung in der in Betracht kommenden Höhe gewachsen ist. Ist ein Schaden in diesem Sinne zu befürchten, so hat der Richter die einstweilige Verfügung zwar zu bewilligen, aber ihre Vollziehung von vorheriger angemessener Sicherheitsleistung des Gesuchstellers abhängig zu machen [90]).

[89]) *Leuch:* N 1, Art. 329.

[90]) Bei offenbarem Fehlen eines Rechtsschutzanspruches oder einer der Voraussetzungen des Art. 326, kann eine einstweilige Verfügung auch gegen Sicherheitsleistung nicht bewilligt werden.

Das Gesetz lässt nicht einmal eine superprovisorische Verfügung, wie sie bei dringender Gefahr geboten ist, ohne Sicherstellung zu, sofern ein Schaden für den Gesuchsgegner zu befürchten ist. Die Interessenlage ist nämlich bei zu befürchtendem Schaden auf beiden Seiten ungefähr die gleiche. Nichtsdestoweniger kann unseres Erachtens in den Fällen der Ziff. 1, Art. 326 von einer Sicherheitsauflage in der Regel abgesehen werden, da die Veränderung und Veräusserung des Streitgegenstandes ohnehin ex lege (kraft Prozessrechts) mit Nachteilen bedroht ist (Art. 161, III Z. P. O.).

Der *Richter* macht sich gemäss Art. 15 der Gegenpartei gegenüber *verantwortlich,* wenn er trotz zu befürchtenden Schadens die superprovisorische oder die einstweilige Verfügung ohne Sicherheitsauflage bewilligt. Andererseits kann die Auflage einer übermässigen Kaution nicht nur zu einer *Beschwerde* gemäss Art. 374, Ziff. 3 Z. P. O. Anlass geben, sondern auch zu einem *staatsrechtlichen Rekurs* an das Bundesgericht (Art. 113, Ziff. 3 B. V. und Art. 175, Ziff. 3 Organisationsgesetz 1893), da eine solche Kaution das Recht des Petenten auf die einstweilige Verfügung in Wirklichkeit illusorisch machen kann und einer Rechtsverweigerung gleichkäme [91]). Daraus erhellt, dass es für den Richter nicht ganz leicht ist, bei Entscheidung der Kautionsfrage in bezug auf das «Ob» und «Wie» die richtige Linie einzuhalten, das heisst, die Interessenlage sachgemäss abzuwägen.

Eine weitere Schwierigkeit kommt hinzu. Das Gesetz bestimmt nicht nur nicht die Höhe der Kaution und gibt für dieselbe keine Anhaltspunkte, sondern auch die Frage, in welcher Form die Kaution zu leisten ist, lässt es offen. Weder Art. 41 noch Art. 71 und 76 geben hierfür bestimmte Anhaltspunkte.

Für die Höhe der Kaution ist naturgemäss die Grösse des zu befürchtenden Schadens wegleitend. Der Richter wird bei der Vernehmlassung oder der kontradiktorischen Verhandlung den Gesuchsgegner zu Ausführungen in dieser Richtung zu veranlassen haben, da er sonst in der Regel keine genügenden Anhaltspunkte zur Berechnung des eventuellen Schadens haben wird. Auf Grund dieser Ausführungen, der Gegenerklärungen des Gesuchstellers, und der dem Richter sonst zu Gebote stehenden Hilfsmittel wird er die Höhe der Kaution festzustellen haben. Er wird dabei nur

[91]) B. G. E., Band 10, Seite 4.

die mutmassliche Vermögenseinbusse, in der Regel nicht auch den Gewinnentgang in die Berechnung einbeziehen, da ein solcher nur bei einem höheren Grade des Verschuldens zugesprochen wird (arg. aus Art. 43 O. R.). Hingegen sind in die Schadensberechnung die dem Gesuchsgegner auferlegten Kosten der einstweiligen Verfügung und eines späteren Schadenersatzprozesses desselben einzubeziehen.

Durch welches Mittel der Sicherheit die Kautionspflicht zu erfüllen ist, besagt das Gesetz nicht. Auch das Z. G. B. und O. R. lassen uns für diesbezügliche Analogien im Stich, ebenso das Sch. K. G. In der zivil- und betreibungsrechtlichen Literatur wird angenommen, dass dem Verpflichteten die Wahl des Mittels frei stehe. Insbesondere könne er nicht nur Bargeld, sondern auch Wertpapiere hinterlegen, oder durch Pfandbestellung (Fahrnis oder Grundpfand) seiner Pflicht genügen [92]). Als zweifelhaft bezeichnen manche, ob auch Personalbürgschaft zulässig sei [93]). Doch ist nicht einzusehen, warum zum Beispiel eine Bankgarantie nicht ebenso gut sein soll, wie eine (nur schwer realisierbare) Hypothek. Nicht auf das Mittel, sondern auf den Zweck kommt es an. Die Sicherheit muss genügend sein, das heisst Garantie bieten, dass der Gläubiger voll befriedigt wird. Je strenger man die Voraussetzung der Sicherheitsauflage fasst, um so mehr sollte man dem Gesuchsteller nach seinen Verhältnissen die Wahl der Mittel belassen, da sonst der Rechtsschutz für ihn in vielen Fällen illusorisch bleiben müsste.

Die *Tauglichkeit* der angebotenen *Kaution* hat der Richter, der die einstweilige Verfügung erlässt, zu überprüfen und zu beurteilen. Es ist nicht, wie etwa bei der Betreibung auf Sicherheitsleistung, Sache des Gesuchsgegners, die gestellte Kaution zu beanstanden, zum Beispiel durch Einspruch gegen die Vollstreckung (Art. 409). Art. 409, Ziff. 1 Z. P. O. lässt nämlich einen solchen Einspruch nur zu, wenn die *gesetzlichen* Voraussetzungen der Vollstreckbarkeit fehlen; die Kautionsleistung ist aber eine *richterliche* Voraussetzung. Die geleistete Kaution bleibt solange gebunden, bis feststeht, dass eine Schadenersatzklage nicht angehoben wird. Der Richter ist berechtigt, zur Anhebung der Klage

[92]) *Blumenstein:* Seite 135; *Jäger:* Anm. 3, Art. 38 Sch. K. G.; *von Tuhr,* Seite 120.

[93]) *Blumenstein:* a. a. O., nicht dagegen *von Tuhr,* Seite 120.

eine angemessene Frist zu setzen, nach deren Ablauf er die Kaution dem Berechtigten herausgeben darf (Art. 332, II).

Auch der Zuspruch des durch einstweilige Verfügung geschützten Anspruches durch rechtskräftiges Urteil im Hauptprozesse dürfte die Freigabe der Kaution zur Folge haben, da ein Schadenersatzanspruch damit eo ipso dahinfällt [94]).

3. Fristansetzung zum Hauptprozess.

Gemäss Art. 330 ist «beim Zuspruch der einstweiligen Verfügung gegebenenfalls dem Gesuchsteller im Entscheid eine angemessene Frist anzusetzen, innerhalb welcher er den Hauptprozess anzuheben hat, ansonst die einstweilige Verfügung dahinfällt».

Die Bewilligung einer einstweiligen Verfügung in einem hängigen Prozesse ist zum voraus ein Inzident, das mit der Beurteilung der Streitsache seine Erledigung findet. Art. 330, II bestimmt denn auch, dass die Entscheidung über die einstweilige Verfügung dahinfällt, sobald über die Sache selbst ein rechtskräftiges Urteil ergangen ist. Anders, wenn eine einstweilige Verfügung ausserhalb eines Prozesses ergeht. Sie bildet dann eine selbständige Entscheidung für sich, die meist eine antizipierte Erfüllung bedeutet, ohne dass der betreffende Rechtsanspruch eine meritorische Prüfung und Beurteilung erfahren hätte.

An einer solchen Beurteilung hat der Gesuchsteller, wenn sich die einstweilige Verfügung inhaltlich mit einem Urteilsspruche in der betreffenden Sache deckt, begreiflicherweise kein Interesse mehr, insoweit nicht etwa eine von ihm gestellte Kaution gebunden bleibt [95]). Um so mehr ist hingegen der Gesuchsgegner daran interessiert. Das Resultat wäre, dass der Gesuchsgegner durch die einstweilige Verfügung in die Rolle des Klägers gedrängt würde, die nicht nur an sich die schwierigere ist, sondern noch dadurch besonders erschwert wäre, dass er auf *Aberkennung des Anspruchs* klagen müsste.

Die Lage des Gesuchsgegners auf solche Weise zu erschweren, besteht aber gar kein Grund. Es kann auch nicht Sache des kantonalen Prozessrechtes sein, den Parteien in einem Streit über einen dem eidgenössischen Recht unterstehenden Anspruch die Partei-

[94]) *Leuch:* N 4, Art. 332.

[95]) Eine Personalkaution wird ihn in der Regel nicht behindern.

rollen zuzuweisen. Aus diesen Erwägungen heraus erfloss die Bestimmung des Art. 330, I, nach welcher der Richter zugleich mit der Bewilligung der einstweiligen Verfügung dem Gesuchsteller eine Frist zur *Prosequierung des Anspruches* im Wege der Klage anzusetzen hat.

Die Fristansetzung hat von Amtes wegen zu geschehen (Verba: «... ist ... anzusetzen»); sie muss aber nicht in allen Fällen vorgenommen werden. Die Einschränkung «gegebenenfalls» besagt vorerst, dass die Fristansetzung in den Fällen überflüssig ist, wo das Gesuch schon während eines hängigen Prozesses angebracht wurde, oder wo ein solcher Prozess bis zur Entscheidung über das Gesuch nachträglich angehoben wurde.

Aber auch wo dies nicht der Fall ist, wird eine Fristansetzung nicht immer am Platze sein. Man denke an Fälle, wie die als einstweilige Verfügung angeordnete Exmission eines Mieters oder Pächters aus dem Miet- bezw. Pachtobjekt, in das bereits der neue Mieter bezw. Pächter eingezogen ist; oder an die Herausgabe zu Unrecht retinierter Sachen durch den Vermieter, Verpächter, Kommissionär, Depositar an den Eigentümer. In solchen Fällen hat die Anhebung des Hauptprozesses keinen Sinn mehr, weil der Mieter inzwischen in eine andere Wohnung gezogen ist, und das Mietobjekt jedenfalls ihm nicht mehr zur Verfügung gestellt werden, das Retentionsverhältnis überhaupt nicht willkürlich begründet oder wiederhergestellt werden kann.

In solchen und ähnlichen Fällen lässt die durch die einstweilige Verfügung geschaffene Sachlage eine Aenderung nicht mehr zu. Es kann sich nur noch um einen eventuellen Schadenersatzanspruch des Gesuchsgegners handeln. An ihm ist es also, die Initiative zu einer Klage zu ergreifen, um die ihn interessierende Entscheidung herbeizuführen. Das gleiche ist der Fall, wo der Gesuchsgegner, statt die Initiative zur Klage zu ergreifen, durch gewisse Handlungen (zum Beispiel Selbsthilfe) den Gegner in die Notwendigkeit versetzt hat, Rechtsschutz zu beanspruchen[96]).

Man könnte die Fälle, wo eine Fristansetzung zur Klage unterlassen werden kann, unseres Erachtens etwa unter folgende

[96]) *Leuch:* N 1, Art. 330; will bei Herausgabeverfügungen gewöhnlich dem unterlegenen Gesuchsgegner die Klägerrolle (Vindikation) überlassen. Wir können jedoch in dieser dem Gesuchsgegner aufgezwungenen Rollenverschiebung kein rechtfertigendes Prinzip erblicken.

Regel bringen: Die Fristansetzung kann unterbleiben, wo die einstweilige Verfügung eine nicht mehr rückgängig zu machende Aenderung schafft, oder wo dem Gesuchsgegner die Klägerrolle eher zugemutet werden kann, als dem Gesuchsteller. Die *Fristansetzung muss* aber *für alle Fälle* erfolgen, wenn der bernische Richter auf Grund seiner Zuständigkeit eine einstweilige Verfügung gegen einen ausserkantonal domizilierten Schuldner bewilligt vergl. III, 1 hievor). Angesichts des Art. 59, I B. V. kann nämlich eine solche Verfügung nur dann Anspruch auf Bestand haben, wenn binnen angemessener Frist beim verfassungsmässig zuständigen Richter des Wohnortes des Schuldners der Prozess anhängig gemacht wird, so dass wirklich nur eine vorsorgliche Massnahme bis zum Austrage eines vor dem kompetenten Richter geführten Rechtsstreites vorliegt. Einstweilige Verfügungen dürfen nicht zur Umgehung des genannten Verfassungsartikels missbraucht werden.

Welche Klage der Gesuchsgegner in diesem Falle anheben will, insofern er sich überhaupt auf den Rechtsweg begibt, bleibt ihm vollständig überlassen. Er kann eine Leistungsklage (Rückforderungs-, Schadenersatzklage), eine Feststellungs- oder Gestaltungsklage erheben. Soll aber die Entscheidung über die einstweilige Verfügung dahinfallen, so muss er über den gleichen Streitgegenstand ein rechtskräftiges Urteil erwirken (Art. 330, II).

Ist eine Kaution durch den Gesuchsteller geleistet, so kann der Richter dem Gesuchsgegner — wie schon hervorgehoben wurde — eine Frist zur Klage ansetzen, nach deren unbenutztem Ablauf die Kaution frei wird (Art. 332, II). Doch gehört diese Fristansetzung nicht mehr zum Inhalt der Entscheidung über die einstweilige Verfügung, da ja diese die Kaution erst festsetzt. Es ist daher über diese Fristansetzung in anderem Zusammenhange zu sprechen (vergl. unter VII hernach).

Die Fristansetzung an den Gesuchsteller lautet auf Anhebung des Hauptprozesses, ohne dass ihm ein bestimmtes Klagebegehren vorgeschrieben wird. Doch liegt es auf der Hand, dass die Klage denselben Rechtsanspruch betreffen muss, dessen Schutz durch einstweilige Verfügung begehrt wurde; sonst wäre der durch die Klage angehobene Rechtsstreit nicht «der Hauptprozess» im Verhältnis zur erwirkten einstweiligen Verfügung.

Die Frist muss angemessen sein. Sie ist nach Art. 115 Z.P.O. in der Regel auf drei Wochen anzusetzen, kann aber aus «beson-

deren Ursachen» (zum Beispiel komplizierter Streitfall, ausserkantonale oder im Ausland domizilierte Partei) bis auf 60 Tage gehen; anderseits bei Gefahr im Verzuge herabgesetzt werden. Eine Verlängerung der festgesetzten Frist ist zulässig gemäss Art. 116.

Nichteinhaltung der Klagefrist bewirkt ein Dahinfallen der einstweiligen Verfügung. Der Hinfall erfolgt ex nunc. Das gleiche dürfte der Fall sein, wenn die angehobene Klage sich nicht als der Hauptprozess im oben dargelegten Sinne darstellt. Hingegen gilt bei rechtzeitig eingereichter Klage, die den Hauptprozess anhebt, wenn sie infolge Beanstandung der Zuständigkeit oder wegen eines verbesserlichen Formfehlers zurückgezogen bezw. zurückgewiesen wird, Art. 163 Z. P. O. Nach diesem bleibt bei Neuanbringung der Klage innert 10 Tagen der Zeitpunkt der Rechtshängigkeit auf das Datum der ersten Klageeinreichung fixiert.

Eine Wiedereinsetzung gegen Versäumnis der Frist (Art. 288) ist im summarischen Verfahren unzulässig. Hingegen erscheint eine nachträgliche Fristverlängerung (das heisst auch nach eingetretener Versäumung) durch den die einstweilige Verfügung bewilligenden Richter nicht ausgeschlossen, da er ja selbst die erlassene Verfügung nachträglich ändern kann (arg. a majore ad minus aus Art. 331 [97]).

4. Kostenspruch.

Ueber die Kosten des Verfahrens enthält der Abschnitt — das summarische Verfahren betreffend — keine Sonderbestimmungen, mit Ausnahme des Art. 324, der auf einstweilige Verfügungen keinen Bezug hat. Es sind somit gemäss Art. 306 die Bestimmungen des allgemeinen Teiles und des ordentlichen Verfahrens sinngemäss anzuwenden.

Es wurde bereits hervorgehoben, dass sich auch mit Bezug auf die Kostenfrage der Entscheid in einem hängigen Prozess von demjenigen ausserhalb eines solchen unterscheidet. Ersterer ist als Inzident des Hauptprozesses keines selbständigen Kostenspruches bedürftig. Die Kosten der einstweiligen Verfügung werden zu den übrigen Prozesskosten geschlagen und im Urteil gesprochen (Art. 58).

---

[97]) *Leuch:* N 3, Art. 330.

Hingegen entspricht es dem selbständigen Charakter der einstweiligen Verfügung ausserhalb eines Prozesses, dass der Entscheid auch den Kostenspruch fällt. Die Parteien haben somit vor der Entscheidung für ihre Kostenforderung ein spezifiziertes Verzeichnis vorzulegen, welches die Gerichtsgebühren, die Auslagen samt den vorhandenen Belegen, die beanspruchten Anwaltsgebühren und Parteientschädigungen getrennt anführt (Art. 65). In Ermangelung eines solchen Verzeichnisses bestimmt der Richter die Kosten auf Grund der Akten, ohne dass die Partei nachträglich zum Nachweis höherer Auslagen zugelassen wird [98]).

Wird die einstweilige Verfügung restlos bewilligt, wenn auch durch eine andere als die vom Gesuchsteller beantragte Massnahme, so ist dem Gesuchsgegner der vollständige Ersatz der Kosten an den Gesuchsteller aufzuerlegen (Art. 58 Z. P. O.). Dazu gehören nach Art. 64 Z. P. O. die Gerichts*gebühren*, die zunächst im Entscheide festzusetzen und sodann unter den Prozesskosten, die dem Gesuchsteller zurückzuvergüten sind, wieder aufgeführt werden müssen. Des weiteren kommen die dem Gericht vergüteten, bezw. noch zu vergütenden *Barauslagen* hinzu, die Auslagen des Gesuchstellers und seines Anwaltes (Porti, Stempel, Abschriften usw.), schliesslich noch die *Anwaltsgebühren* und die *Parteientschädigung* (Art. 66).

Wird das Gesuch abgewiesen, so ist es der Gesuchsteller, der dem Gegner diese Kosten zu ersetzen hat. Bei teilweisem Zuspruch des Begehrens (zum Beispiel nur eine von mehreren beantragten einstweiligen Verfügungen) wird der Richter nach Art. 58 die Kosten verhältnismässig teilen oder wettschlagen; wobei unnötige Weitläufigkeiten, ohne Rücksicht auf den Ausgang der Sache, der Partei zur Last fallen, die sie verursacht hat.

Auch für einstweilige Verfügungen gilt die Vorschrift des Art. 60, die indirekt den Gesuchsteller zwingt, vor der Betretung des Rechtsweges vom Gegner aussergerichtliche Erfüllung zu fordern.

Der Kostenentscheid ist wie der Entscheid über die einstweilige Verfügung selbständiger Natur und wird von der endgültigen Beurteilung der Sache in einem nachfolgenden Hauptprozesse nicht mehr berührt [99]). Doch kann der unterlegene Gesuchsgegner, der

[98]) *Leuch:* N 1, Art. 65.

[99]) Z Band 57, 470.

im Hauptprozesse obsiegt, die Kosten des Gesuchsverfahrens als Auslagen in seine Prozesskostenforderung einstellen [100]).

5. Wirksamkeit und Abänderlichkeit.

Der Entscheid, der die einstweilige Verfügung bewilligt, sei er ein Inzident, oder ein selbständiger Entscheid, bleibt — insoweit er nicht angefochten wird — wirksam, bis ein rechtskräftiges Urteil über die Sache selbst ergangen ist (Art. 330 Z. P. O.). Es ist angezeigt, diesen Hinfall dann im Urteil zu vermerken. Einem Urteil gleichzustellen ist ein vor dem Instruktionsrichter oder vor dem Gerichte abgeschlossener oder von ihm genehmigter *Vergleich,* sowie ein vor Gericht erklärter oder mit richterlicher Bewilligung zugestellter *Abstand* (Art. 397, II). Hingegen hat nicht dieselbe Wirkung eine Rückweisung der Klage wegen fehlender Prozessvoraussetzung (Art. 194), es wäre denn im Falle einer einstweiligen Verfügung nach Ziff. 1, Art. 326, wo Streithängigkeit Voraussetzung ist [101]). In diesem Falle bewirkt auch die Abschreibung nach Art. 285, III den Hinfall der einstweiligen Verfügung.

Der Hinfall dürfte aber auch eine *Erledigungserklärung* zur Folge haben (Art. 204) — obschon sie keine Urteilswirkung hat — weil durch sie der Rechtsanspruch dahinfällt.

Folgt kein Hauptprozess nach, so verbleibt es überhaupt bei der einstweiligen Verfügung, sofern sie nicht auf ein Rechtsmittel hin von der höheren Instanz abgeändert oder aufgehoben wird (vergl. unter VI hernach).

Im Gegensatz zu einem Urteil kann jedoch der die Verfügung erlassende Richter selbst die von ihm getroffenen Massnahmen jederzeit aufheben oder beschränken (Art. 331). Eine solche nachträgliche Abänderung ist von zwei Voraussetzungen abhängig:

1. Sie kann nur auf Antrag einer Partei erfolgen;
2. sie muss dadurch begründet sein, dass die Gefahr dahingefallen ist, oder dass sich die Umstände verändert haben.

Von sich aus kann der Richter auf keinen Fall eine einstweilige Verfügung wieder abändern, auch nicht der Instruktions-

---

[100]) *Leuch:* N 3, Art. 330.
[101]) *Leuch:* N 3, Art. 330.

richter, der sie in einem hängigen Prozesse angeordnet hat. Allerdings unterliegt diese als Instruktionsverfügung der Ueberprüfung des Gerichtes, das auf sie zurückkommen kann.

Der Antrag auf Abänderung kann von *jeder* Partei ausgehen (Verbum: «Der Parteien ....»), somit auch vom Gesuchsteller selbst. Er kann hinsichtlich Freiwerdens seiner Kaution, oder wegen drohender Schadenersatzklage daran Interesse haben. Doch wird ein solcher Antrag, wenn er sich nicht auf die Gründe des Art. 331 stützt, als *Verzicht* ausgelegt. Er ist daher als solcher und nicht nach Art. 331 zu beurteilen. Der Verzicht auf die einstweilige Verfügung ist als Verzicht auf ein Recht ohne weiteres zulässig. Es wird dazu in den meisten Fällen keines Antrages beim Richter bedürfen.

Bei einem Verbot als einstweilige Verfügung tritt nämlich die Ungehorsamsstrafe nur auf Antrag des Gesuchstellers ein [102]). Es genügt also die Unterlassung des diesbezüglichen Antrages. Bei einer auf ein Tun gerichteten Verfügung wird der verzichtende Gesuchsteller kein Vollstreckungsansuchen stellen, bezw. das bereits gestellte — insoweit dies noch möglich ist — zurückziehen.

Einen Eintrag im Grundbuch, der zugunsten des Gesuchstellers als einstweilige Verfügung erfolgt ist, kann er durch schriftliche Erklärung oder Unterzeichnung im Tagebuch löschen lassen (Art. 964 Z. G. B.). Hingegen werden Aenderungen vorsorglicher Verfügungen im Handelsregister in der Regel nur durch richterliche Anordnung erfolgen können (arg. aus Art. 28, Ziff. 4 und Art. 30 der Verordnung betreffend das Handelsregister von 1890).

Das Gesuch um Aenderung, Beschränkung oder Aufhebung muss der Antragsteller durch die genannten Gründe substanzieren und sie beweisen, zumindest *bescheinigen.* Der Richter wird auch hier eine möglichst kontradiktorische Verhandlung, wenigstens Vernehmlassung der Gegenpartei anordnen, sofern das Gesuch nicht zum voraus von demjenigen ausgeht, der die einstweilige Verfügung für sich erwirkt hat oder durch ihn mitgefertigt wurde, oder sofern nicht Gefahr im Verzuge ist (analog Art. 308, I.).

Ist der Hauptprozess vor einer kantonalen Instanz hängig, so ist nach wörtlicher Fassung des Art. 331 derjenige Richter zur Abänderung zuständig, der die einstweilige Verfügung erlassen hat (Verbum: «die von ihm getroffenen Massnahmen ...»). Da-

[102]) *Leuch:* N 3, Art. 403.

nach müsste man sich, wenn der Prozess inzwischen vor den Appellationshof alz zweite Instanz gelangt ist, wegen Abänderung immer noch an den Instruktionsrichter erster Instanz wenden. Allein, wie schon Art. 327 interpretiert wurde (vergl. III, 1 hiervor) und aus den gleichen Gründen ist auch hier richtiger Auffassung nach der Instruktionsrichter des Gerichtes als zuständig zu erachten, bei dem die Sache gerade hängig ist, gleichgültig, ob die einstweilige Verfügung von ihm, vom Instruktionsrichter der unteren Instanz oder vor der Rechtshängigkeit des Hauptprozesses vom Gerichtspräsidenten erlassen worden ist [103]).

Ist die Sache im Berufungswege vor dem Bundesgericht hängig, so ist nach logischer Interpretation des Art. 78 O. G. der *kantonal zuständige Richter* zum Erlass wie auch zur *Abänderung* einer einstweiligen Verfügung zuständig. Wohl spricht dieser Artikel nur vom Erlass einstweiliger Verfügungen allein, aber die Worte «nach Massgabe der kantonalen Gesetzgebung» weisen zur Genüge darauf hin, dass *diese* Gesetzgebung als Grundlage für die Frage der einstweiligen Verfügungen gedacht ist, so dass nicht nur die Bewilligung allein nach ihr zu beurteilen ist, sondern auch jede Abänderung einer solchen. Sonst müsste ja das Bundesgericht Bundesrecht anwenden (Art. 199 ff. Bundeszivilprozess), so dass Bewilligung und Abänderung der einstweiligen Verfügung nach verschiedenen Rechten beurteilt würden, was kaum anzunehmen ist.

Art. 331 betrifft die Aenderung einer bewilligten einstweiligen Verfügung. Eine *abgewiesene einstweilige Verfügung* kann nicht ohne weiteres auf neuerlichen Antrag des Gesuchstellers, der sich auf die gleichen Tatsachen stützt, in *Wiedererwägung* gezogen werden. So kann zum Beispiel, wenn die Abweisung wegen ungenügender Bescheinigung erfolgt ist, nicht auf Grund einer besseren Bescheinigung ein neuerliches Gesuch gestellt werden. Hingegen ist ein solches auf Grund *seither veränderter Umstände* (zum Beispiel früher war die Gefahr geringer, gegenwärtig ist sie gewachsen), ohne weiteres zulässig [104]).

---

[103]) *Leuch:* N 1, Art. 331.

[104]) *Leuch:* N 11 d, Art. 192; N 3, Art. 326.

V. Die Vollstreckung.

Für die Vollstreckung einstweiliger Verfügungen und superprovisorischer Massnahmen enthält das Gesetz keine besonderen Vorschriften. Es sind somit in Analogie zu Art. 306 die allgemeinen Vorschriften über die Zwangsvollstreckung (Art. 397 ff. Z. P. O.) sinngemäss zur Anwendung zu bringen [105]), unter Berücksichtigung der allgemeinen Bestimmungen über das summarische Verfahren.

Nach diesen letzteren Bestimmungen sind «rechtskräftige Verfügungen und Entscheide» im summarischen Verfahren *sofort vollstreckbar* (Art. 316). Es ist dies eine Ausnahme von der allgemeinen Vorschrift des Art. 397, I, nach welcher ein rechtskräftiges Urteil erst 14 Tage nach Eröffnung an die Parteien vollstreckbar wird. Art. 316 wird sogar ausdrücklich vorbehalten.

Die Ausnahme äussert sich in zweifacher Richtung:

1. Die vierzehntägige Schonfrist entfällt;
2. Eröffnung an die säumige Partei ist nicht Voraussetzung der Vollstreckbarkeit [106]).

Für einstweilige Verfügungen gilt aber noch eine weitere Ausnahme: Ihre Weiterziehung hat keine aufschiebende Wirkung, solange sie nicht vom Präsidenten des Appellationshofes verfügt wird (Art. 336, III). Damit ist einstweiligen Verfügungen die sofortige Vollstreckbarkeit gesichert und zwar ohne Rücksicht darauf, ob sie rechtskräftig sind oder nicht. Eine Weiterziehung steht der Vollstreckbarkeit nicht im Wege, wenn nicht vom Präsidenten des Appellationshofes *ausdrücklich* die Aufschiebung der Vollstreckung angeordnet wird. Der Appellation insbesondere ist der gesetzliche Suspensiveffekt genommen.

Durch diese Massnahme ist der Dringlichkeit, die der einstweiligen Verfügung von Natur aus innewohnt, vollauf Rechnung getragen; die Vollstreckung kann der Bewilligung auf dem Fusse folgen.

Vollstreckungsrichter ist der Gerichtspräsident desjenigen Bezirkes, wo die zum Vollzuge notwendigen Vorkehren zu treffen sind (Art. 402, I). Sind diese Vorkehren *ausserhalb des Kantons* zu treffen, so kann naturgemäss nicht der bernische Vollstreckungs-

[105]) Z Band 61, S. 436; Z Band 64, S. 24.

[106]) *Leuch:* N 1, Art. 316.

richter in Betracht kommen, sondern die nach den Gesetzen dieses Kantons zuständige Behörde.

Es wurde bereits unter III, 1 hievor hervorgehoben, dass, sobald die Zuständigkeit des bernischen Richters nach Art. 327, II gegeben ist, dem Erlass einer einstweiligen Verfügung der Umstand nicht entgegensteht, dass sich der Gegenstand derselben ausserhalb des Kantons befindet. Erst bei der Zwangsvollstreckung macht sich dieser Umstand insoweit geltend, als die Vollstreckung bei einer ausserkantonalen Behörde nach Massgabe der dortigen Vorschriften nachgesucht werden muss.

Die Vollstreckung kann gestützt auf Art. 61 B. V. nachgesucht werden. Dieser Artikel spricht zwar von «rechtskräftigen Zivilurteilen», allein man ist sich darüber einig, dass darunter auch andere richterliche Verfügungen in Zivilsachen, insbesondere einstweilige Verfügungen zu verstehen sind [107]). Doch ist die *bundesrechtlich geforderte Voraussetzung der Rechtskraft* zu beachten. Bloss vorläufige Vollstreckbarkeit der einstweiligen Verfügung (wegen mangelnden Suspensiveffektes der Appellation, Art. 336, II) dürfte daher nicht genügen [108]).

Lautet die einstweilige Verfügung auf eine Unterlassung unter Androhung einer Ungehorsamsstrafe (Art. 403), so wird die ausserkantonale Vollstreckung überhaupt versagen, da es sich um eine Strafandrohung des bernischen Rechtes handelt, während für den ausserkantonalen Richter nur die Strafandrohungen seines eigenen Rechtes von Bedeutung sind. Ebensowenig dürfte die ausserkantonale Vollstreckungsbehörde eine Entschädigung nach Art. 403 festsetzen. Es handelt sich hier zwar — entgegen der in den Motiven des bundesgerichtlichen Entscheides ausgesprochenen Auffassung — um eine Schadenersatzforderung im Sinne von Art. 97 und Art. 98, II O. R. [109]). Diese Forderung ist aber nicht im Dispositiv der einstweiligen Verfügung gesprochen, sondern folgt aus einer prozessrechtlichen Bestimmung des bernischen Rechts, das für die ausserkantonale Behörde nicht massgebend ist.

---

[107]) *Burckhardt:* Kommentar 1914: Seite 594 c. — Kommentar 1931: Seite 571 ff. — B. G. E. Band 41, I, 122 E. 3. — Z Band 52, 52; Band 54, 387.

[108]) B. G. E. Band 13, 33 Erw. 5.

[109]) B. G. E. Band 30, II, 559. — *Becker:* Kommentar O. R. zu Art. 97, N 53.

Eine ausserkantonale einstweilige Verfügung ist im Kanton Bern gemäss Art. 400 vollstreckbar. Das Exequatur muss aber zuvor beim Appellationshof eingeholt werden, der es ohne Prüfung der materiellen Richtigkeit erteilt, sofern die Voraussetzungen des Art. 61 B. V. gegeben sind. Zu diesen gehören nach einhelliger Interpretation, dass das erlassende Gericht zuständig, und der Gegner richtig geladen war, ebenso der Entscheid in Rechtskraft erwachsen ist [110]). Dem Belangten muss durch den Appellationshof Gelegenheit gegeben werden, vor der Erteilung des Exequaturs seine Einwände gegen die Vollstreckbarkeit zur Geltung zu bringen (Art. 400, I).

Auf die *Vollstreckung bernischer einstweiliger Verfügungen* zurückkommend, ist folgendes zu bemerken:

Der Vollstreckungsrichter (Art. 402) ist im Prinzip nicht mit dem Richter identisch, der die einstweilige Verfügung bewilligt (Art. 327). Darum darf der vorsorglich verfügende Richter nicht zugleich die Vollstreckung anordnen. Allein das Obergericht hat im Falle einer *Exmissionsverfügung* dem die einstweilige Verfügung bewilligenden Richter die Befugnis zugestanden, selber das Exekutivorgan zu bezeichnen — insbesondere den Weibel — der «manu militari» die Exmission vornehmen soll. Es hat dies mit der nicht gerade einleuchtenden Begründung entschieden, dass Art. 402 für diesen Fall nicht passend erscheine [111]).

Gerade bei einstweiligen Verfügungen wäre es praktisch wichtiger, dass der sie bewilligende Richter zugleich die Vollstreckung anordnet, und nicht durch das Erfordernis neuerlicher Gesuchstellung die Sache Verzögerungen erfährt. Bei Grundbuchverfügungen scheint es keinem Zweifel zu unterliegen, dass der bewilligende Richter auch die entsprechenden Eintragungen und Vormerkungen selbst beim Grundbuchführer veranlassen kann [112]); handelt es sich doch lediglich nur um eine Korrespondenz unter Behörden. Das gleiche dürfte der Fall sein bei Anordnung von Aenderungen in anderen öffentlichen Registern (zum Beispiel Handelsregister).

---

[110]) *Burckhardt:* Kommentar 1914: 590 ff. — Kommentar 1931: 575 ff. *Blumenstein:* Handbuch, Seite 288.

[111]) Z Band 64, Seite 24 gegen Z Band 61, Seite 436.

[112]) *Leuch:* N 1, Art. 407, auch für Besitzeinweisungen (ohne nähere Begründung).

Gegen die Erweiterung dieser Befugnisse des Instruktionsrichters auf andere Fälle spricht aber de lege lata die ausdrückliche Teilung der Funktionen zwischen dem die Entscheidung in der Sache treffenden Richter und dem Vollstreckungsrichter.

Die *Strafandrohung wegen Unterlassung* (Art. 403), die in der einstweiligen Verfügung oder im Superprovisorium ausgesprochen ist, macht eine Zuwiderhandlung strafbar, auch wenn das Superprovisorium dann durch die einstweilige Verfügung, oder diese nachträglich mit dem Urteil in der Sache selbst dahinfällt (Art. 330, II). Dies selbst dann, wenn die Unterlassungsmassnahme sich im Hauptprozess überhaupt als unbegründet erweist. Die Strafbarkeit ist nämlich im Zuwiderhandeln gegen einen zurzeit der Zuwiderhandlung wirksamen richterlichen Befehl begründet. Ist die Unterlassungspflicht zur Zeit der Zuwiderhandlung bereits weggefallen, zum Beispiel durch Vergleich, Abstand, Abschreibung, Erledigungserklärung, Verzicht (IV, 5), so kann dies durch Einspruch (Art. 410 Z. P. O.) geltend gemacht werden [113]).

Eine *Entschädigung wegen Zuwiderhandlung* (Art. 403 a. E.) ist jedenfalls ausgeschlossen, wenn die verfügte Unterlassung sich im Hauptprozess als unbegründet erweist (Art. 330, II).

Die auf ein *Tun* gerichtete einstweilige Verfügung (Art. 404) muss die Verpflichtung des Schuldners so genau umschreiben, dass über Inhalt und Tragweite derselben kein Zweifel übrig bleibt. Wegen Zweideutigkeit oder Unklarheit des Urteils kann der Vollstreckungsrichter das Verfahren einstellen, um den Gesuchsteller auf den Weg der Klage betreffend Feststellung des Entscheidungsinhaltes zu verweisen [114]). In summarischen Sachen würde ein solches Vorgehen dem Wesen dieser Prozedur widersprechen; der Vollstreckungsrichter muss also selber die Art und Weise der Vollstreckung bestimmen, wogegen aber der Gesuchsteller kein Rechtsmittel hat (Art. 402, II; Art. 409), selbst wenn der Entscheid über die einstweilige Verfügung appellabel wäre.

Ueber die Bestrafung wegen böswilliger Nichtvornahme der auferlegten Handlung (Art. 404, IV), und die Schadenersatzforderung (Art. 404, I) gilt das gleiche, was oben über die Ungehorsamsstrafe aus Art. 403 bemerkt wurde.

---

[113]) *Leuch:* N 3, Art. 403.

[114]) *Leuch:* N 4, Art. 402.

VI. Die Weiterziehung.

Der Natur der summarischen Rechtssachen und insbesondere der einstweiligen Verfügungen entspricht es, dass die Weiterziehungsmöglichkeit nur eine beschränkte sein kann. So bestimmt denn auch Art. 314, dass gegen Verfügungen und Entscheide im summarischen Verfahren keine Rechtsmittel ergriffen werden können, mit Ausnahme der *Appellation,* in den im Gesetz ausdrücklich bezeichneten Fällen (Art. 336) und der *Nichtigkeitsklage* gemäss Art. 360.

Mit dieser Bestimmung wird zunächst die Nichtigkeitsklage nach Art. 359 ausgeschlossen, das heisst in allen appellablen Fällen, so dass es keine Wahl zwischen Appellation und Nichtigkeitsklage gibt. In den appellablen Fällen ist somit ausschliesslich die Appellation, in den übrigen nur die Nichtigkeitsklage nach Art. 360 zulässig. Ganz *ausgeschlossen* erscheint *neues Recht* (Art. 367 ff.). Einem Bedürfnis nach Berücksichtigung veränderter Umstände genügt nämlich schon Art. 331 (vergl. auch IV, 5 a. E.).

Nicht ausgeschlossen erscheint hingegen die *Beschwerde* (Art. 374 ff.); da sie nicht unter den Begriff «Rechtsmittel» im Sinne des Art. 314 fällt, sondern Disziplinarcharakter hat, obschon sie in gewissen Fällen (Art. 374, Ziff. 2) eine sachliche Ueberprüfung der Verfügung nach sich zieht.

Die Weiterziehung von einstweiligen Verfügungen soll nun des näheren betrachtet werden.

1. Die Appellation.

Die Appellabilität einer Entscheidung über eine einstweilige Verfügung hängt teils vom Charakter der Verfügung, teils vom Streitwert der Hauptsache ab. In bezug auf den *Charakter der Verfügung* ist zu unterscheiden: die Entscheidung über eine einstweilige Verfügung in einem hängigen Prozess und diejenige ausserhalb eines Prozesses.

Die erstere ist als blosse Inzident nicht gesondert appellabel. Ja, sie scheint nach dem Wortlaut des Art. 336, III (Verbum: «nur») überhaupt (auch in Verbindung mit der Hauptsache) nicht appellabel zu sein, so dass selbst mit der Appellation gegen das Sachurteil nicht die Abweisung oder Bewilligung des Gesuches angefochten werden kann. Es hätte dies auch in den wenigsten Fäl-

len einen praktischen Zweck, da mit dem Urteil in appellatorio meist auch die Vollstreckung möglich wird. Immerhin wäre dies nützlich in denjenigen Fällen, wo das angefochtene Urteil in der oberen Instanz aufgehoben und zu neuerlicher Verhandlung an die Unterinstanz zurückgewiesen wird (Art. 352).

Hingegen unterliegen bei Berufung an das Bundesgericht der Beurteilung desselben auch «diejenigen Entscheidungen, welche dem Haupturteile vorausgegangen sind» (Org. Gesetz von 1893, Art. 58).

Wurde die einstweilige Verfügung in der Unterinstanz abgewiesen, so ist der Präsident des Appellationshofes nicht berechtigt, auf ein neuerliches Gesuch hin superprovisorische und einstweilige Verfügungen zu treffen, wie dies nach Art. 336, III, letzter Satz den Anschein haben könnte. Er ist vielmehr nur berechtigt, Verfügungen im Sinne des Art. 328 zu treffen, das heisst superprovisorische Verfügungen auf ein Gesuch hin, *das sich nicht auf denselben Tatbestand, wie das abgewiesene stützt.* Ein auf die gleichen Gründe gestütztes Gesuch würde nämlich nichts anderes darstellen, als den Versuch, eine Ueberprüfung der Abweisung durch die Oberinstanz zu provozieren.

Auf ein neuerliches Gesuch könnte nur eingetreten werden, wenn es auf seither veränderte Umstände gestützt wird. Ebenso kann eine in der Unterinstanz bewilligte einstweilige Verfügung in der Oberinstanz auf Antrag der etwa in der Hauptsache appellierenden Gegenpartei nur dann abgeändert oder aufgehoben werden, wenn die Gefahr dahingefallen ist oder die Umstände sich verändert haben (Art. 331).

Einstweilige Verfügungen, die ausserhalb eines Rechtsstreites entschieden wurden, sind weiterziehbar, wenn der Streitwert der Hauptsache nicht geschätzt werden kann oder mindestens Fr. 800.— beträgt. Es ist also nicht das Interesse an der vorsorglichen Massnahme, sondern der Streitwert der Hauptsache entscheidend. Die Appellabilität der einstweiligen Verfügung ist hiemit an die gleichen Voraussetzungen geknüpft, wie diejenige der Hauptsache überhaupt (Art. 335). Es kommt nicht auf den Wert des Beschwerdegegenstandes an, das heisst desjenigen Teiles, um den sich der Appellant durch die angefochtene Entscheidung verkürzt erachtet, sondern auf den Wert des ganzen streitbefangenen Gegenstandes. Nichtschätzbarkeit liegt vor, wenn eine Taxation der (zum

Beispiel personen-familienrechtlichen) Natur des Streitgegenstandes nach ausgeschlossen ist [115]).

Superprovisorische Verfügungen sind unter keinen Umständen appellabel.

Die Weiterziehung selbständiger einstweiliger Verfügungen an das Bundesgericht ist in allen Fällen ausgeschlossen (Org. Gesetz, Art. 58; Verbum: «Haupturteile»).

Gegen die *Kosten* der einstweiligen Verfügung kann im Sinne des Art. 69 appelliert werden, insoweit die einstweilige Verfügung an sich zur Weiterziehung geeignet wäre und der Belauf der Kostenforderung mindestens Fr. 800.— beträgt.

Es wurde bereits hervorgehoben, dass die Appellation gegen einstweilige Verfügungen *keinen Suspensiveffekt zeigt,* solange nicht der Präsident des Appellationshofes eine Aufschiebung der Vollstreckung verfügt (Art. 336, III). In der Regel wird dies auf Antrag des Appellanten in der Appellationserklärung geschehen, doch ist auch Aufschiebung von «Amtes wegen» nicht ausgeschlossen. Von einer solchen Anordnung ist naturgemäss, trotz Schweigens des Gesetzes den Parteien sofort Kenntnis zu geben, da ja sonst inzwischen die Vollstreckung durchgeführt werden könnte. Doch kann anderseits der Präsident des Appellationshofes von sich aus superprovisorische Verfügungen treffen (Art. 336, III).

Legitimiert zur Appellation ist der Gesuchsteller bei Abweisung, teilweiser Abweisung des Gesuches, oder Anfechtung der Höhe der Kaution; der Gesuchsgegner bei Bewilligung, teilweiser Bewilligung des Gesuches oder Nichtauflage bezw. zu niedrige Kaution. Ein einzelner Streitgenosse ist aktiv und passiv zur Appellation legitimiert, insoweit er nicht am Streitgegenstande gesamtberechtigt ist, das heisst, insoweit nicht zu einer Verfügung über diesen Gegenstand zivilrechtlich die Mitwirkung aller gefordert wird. Aber auch in ersterem Falle ist er nur hinsichtlich seines Anspruches aktiv und passiv legitimiert.

Das Appellationsverfahren in summarischen Rechtssachen unterscheidet sich wesentlich von demjenigen im ordentlichen Verfahren. Es ist dem summarischen Charakter weitgehend angepasst. Die Besonderheiten kommen in folgenden Punkten zum Ausdruck:

---

[115]) *Leuch:* N 3, Art. 335. — B. G. E. Band 31, II, 676; Band 37, II, 412; Band 39, II, 413. — Z Band 50, Seite 509.

Die Appellation wird nicht schriftlich eingebracht, sondern muss *sofort* bei der mündlichen Eröffnung des Entscheides erklärt werden (Art. 338, II). Hat der Richter seinen Entscheid in Abwesenheit der Parteien gefällt und denselben schriftlich eröffnet, so beträgt die Appellationsfrist nicht zehn, sondern nur fünf Tage von der schriftlichen Eröffnung an (Art. 338, III).

Die Appellationserklärung selbst geschieht wie im ordentlichen Verfahren zu gerichtlichem Protokoll, insoweit sie mündlich erfolgt, sonst durch schriftliche Eingabe beim Gerichtspräsidenten oder zu dessen Handen bei der Gerichtsschreiberei. Sie hat anzugeben, inwieweit der Appellant Abänderung des erstinstanzlichen Entscheides verlangt und welche weiteren Beweismassnahmen er zu beantragen gedenkt (Art. 339).

Wird die Appellation nicht sofort nach der Eröffnung des Entscheides in Gegenwart der Gegenpartei erklärt, so hat der Gerichtspräsident ihr von der Appellationserklärung schriftlich Mitteilung zu machen (Art.340, I). Dabei sind ihr die im Sinne von Art. 93, II in der Appellationserklärung vorgebrachten neuen Tatsachen — falls sie erheblich und gemäss Art. 93, I zu berücksichtigen sind — zur Beantwortung mitzuteilen [116]).

Letzteres dürfte selten der Fall sein, da auf Grund neuer Tatsachen auch beim Gericht unterer Instanz ein neues Gesuch eingebracht werden kann (vergl. IV, 5 hievor). Eine Anschlussappellation ist ausgeschlossen (Art. 355, I).

Der Gerichtspräsident hat die Akten «binnen zweimal 24 Stunden — vom Einlangen der Appellationserklärung an berechnet —» dem Appellationshofe einzusenden (Art. 341, 2. Satz). Die Appellationen in summarischen Rechtssachen sind gemäss Art. 355, III, mit möglichster Beschleunigung zu erledigen und können vom Präsidenten des Appellationshofes ausser der Reihenfolge und auch während den Gerichtsferien zur Behandlung gebracht werden.

Eine mündliche Appellationsverhandlung findet nicht statt (Art. 355, I). Hingegen sind neue Beweiserhebungen durch den Appellationshof, trotz Wegfall der mündlichen Verhandlung nicht ausgeschlossen.

Das Urteil des Appellationshofes dürfte wohl selten auf Rückweisung und neue Verhandlung der Sache in der ersten Instanz

[116]) *Leuch:* N 2, Art. 339.

lauten (Art. 352, I), da das besondere Interesse an rascher Prozesserledigung dies verbieten wird. Wenn Entscheidungsreife nicht vorhanden sein sollte, so wird der Appellationshof durch seine Instruktionsmittel leicht ohne erhebliche Weiterungen dieselbe herbeiführen können, um seinen Entscheid auf Gutheissung oder Abweisung der Appellationsanträge zu fällen.

2. Die Nichtigkeitsklage.

Dass in appellablen Fällen die Nichtigkeitsklage ausgeschlossen ist, legt Art. 337 fest. Infolge der umfassenden Funktion der Appellation (Art. 333, II) können auch die Nichtigkeitsgründe im Appellationsverfahren voll berücksichtigt werden (Art. 347 und 352 Z. P. O.), so dass bei Rechtssachen, die rascher Erledigung bedürfen, die Zweispurigkeit von Appellation und Nichtigkeitsklage mit Fug fallen gelassen wurde.

Hingegen wurde die Nichtigkeitsklage für jene Fälle vorbehalten, wo keine Appellation gegeben ist, das heisst für Entscheide über einstweilige Verfügungen, die in der endgültigen Kompetenz des Gerichtspräsidenten stehen (Art. 360).

Nach Fassung des Art. 360 kann keinem Zweifel unterliegen, dass auch dieses Rechtsmittel für einstweilige Verfügungen, die im Laufe eines hängigen Prozesses entschieden werden, versagt bleibt. Diese Entscheide fasst nämlich nicht der Gerichtspräsident als solcher, sondern der Instruktionsrichter erster oder zweiter Instanz.

Somit ist die Nichtigkeitsklage gemäss Art. 360 zulässig gegen Entscheide über einstweilige Verfügungen ausserhalb eines Rechtsstreites, wenn der Streitwert der Hauptsache schätzbar ist und Fr. 800.— nicht erreicht. Superprovisorische Verfügungen sind durch Nichtigkeitsklage schon dadurch nicht anfechtbar, weil sie lediglich eine Inzidenz im Gesuchsverfahren und keine Endentscheidung in demselben bilden.

Die Nichtigkeitsklage des Art. 360 ist keine reine «revisio in jure», sondern ein gemischtes Rechtsmittel, im Grunde eine auf offenbar unrichtig entschiedene Fälle beschränkte Appellation [117]). Sie umfasst nämlich auch unrichtige Akten- und Beweiswürdigung, somit die Ueberprüfung der tatsächlichen Feststellungen der Unter-

[117]) *Leuch:* N 5, Art. 360.

instanz. Anderseits ist die «revisio in jure» auf die Verletzung klaren Rechtes beschränkt.

Gemäss Ziff. 1, Art. 360, kann die Nichtigkeitsklage wegen sachlicher Unzuständigkeit der entscheidenden Gerichtsbehörde erhoben werden, «wenn der Nichtigkeitskläger diesen Mangel in der Prozessverhandlung gerügt hat». Naturgemäss kann eine solche Rüge nur in jenen Fällen Voraussetzung zu einer Nichtigkeitsklage sein, wo dem Gesuchsgegner Gelegenheit zur Vernehmung gegeben wurde. Hat der Richter in Abwesenheit der Parteien entschieden, so kann der Nichtigkeitsgrund der Ziff. 1, Art. 360 trotz fehlender Rüge geltend gemacht werden.

Der Nichtigkeitsgrund der Ziff. 2, Art. 360 betrifft die Verletzung klaren Rechts durch Widerspruch des Urteils mit einer bestimmten Gesetzesvorschrift des Zivil- oder Prozessrechtes, oder wenn es auf offenbar unrichtiger Akten- oder Beweiswürdigung beruht.

Eine *offenbare Verletzung von Zivilrecht* würde beispielsweise vorliegen: wenn eine einstweilige Verfügung bewilligt wurde, wo das Zivilrecht überhaupt keinen Rechtsschutzanspruch gewährt, so wenn es sich um Sachen handelt, deren Verkehr beschränkt, untersagt, oder mit Bezug auf welche Rechtsgeschäfte ungültig sind (Art. 6 Z. G. B. und Art. 218 O. R.); wenn sie auf Grund von Urkunden bewilligt worden ist, welche wegen Formmangel der Gültigkeit entbehren; wenn Massnahmen getroffen worden sind, die mit dem Zivilrecht in Widerspruch stehen (zum Beispiel Rücksendung einer mangelhaft gelieferten Sache bei Distanzkauf, Art. 204 O. R.; dingliche Wirksammachung rechtsgeschäftlicher Veräusserungsverbote [118]); gesetzlich nicht vorgesehene Grundbucheintragungen u. dergl. mehr).

Eine *offenbare Verletzung von Prozessvorschriften* würde beispielsweise in folgenden Fällen vorliegen: Ungerechtfertigte Unterlassung der Einvernahme Beteiligter (Art. 93, II); Auflage einer offenbar übermässigen Kaution (Art. 329); Bewilligung einer einstweiligen Verfügung zum Schutze von Geld- oder Sicherheits-

[118]) Ein positiver Anspruch auf Leistung einer Sache kann bei Gefährdung durch Veräusserungsverbot als einstweilige Verfügung gesichert werden; hingegen ist es nicht Sache des Richters, Parteiverträge zu ändern, um eventuelle Unvorsichtigkeiten einer Partei bei Abgabe ihrer Willenserklärungen auszumerzen.

ansprüchen (Art. 326, Ziff. 3); oder Bewilligung einer solchen an Stelle einer Massnahme auf Grundlage des Zivilrechtes (Art. 322); Erlass einer einstweiligen Verfügung trotz Bestehens eines vollstreckbaren Urteils in der gleichen Sache bezw. in Widerspruch zu einem solchen (Art. 330, II), oder trotz einer bereits erfolgten Abweisung eines Gesuches in der gleichen Sache unter denselben Voraussetzungen; Bewilligung einer Massnahme gegen Dritte, die nicht Parteieigenschaft in der Sache haben; Bewilligung einer einstweiligen Verfügung statt einer vorsorglichen Beweisaufnahme; Bewilligung weitergehender Massnahmen, als die eigentliche Vollstreckung des Anspruches mit sich bringen würde; Ueberschreiten des Petitums u. dergl. mehr. *Offenbar unrichtige Akten- und Beweiswürdigung* würde beispielsweise vorliegen, wenn die Begründung aktenwidrig ist oder wenn angerufene Beweismittel übersehen oder ungesetzmässige berücksichtigt worden sind.

Das Verfahren ist im Prinzip das gleiche wie bei der Nichtigkeitsklage nach Art. 359 Z. P. O. Die *Einreichungsfrist* ist keine abgekürzte, sie beträgt volle 30 Tage von der rechtlichen Eröffnung des Entscheides an.

Die *Form* ist eine schriftliche. Die Klage muss direkt beim Appellationshof eingereicht werden und die Anträge, die Begründung und die Beweismittel enthalten, sowie die Urkunden beischliessen (Art. 361, I).

Sache des Nichtigkeitsklägers wird es bei einstweiligen Verfügungen sein, die Klage möglichst schnell einzureichen, damit der Appellationshof sofort die Akten einfordern kann.

Die Nichtigkeitsklage hat keinen Suspensiveffekt, wenn nicht der Präsident des Appellationshofes einen solchen ihr beilegt. Dies kann nur auf Antrag des Nichtigkeitsklägers geschehen (Art. 361, II).

Der Präsident des Appellationshofes teilt die Nichtigkeitsklage der Gegenpartei unter Ansetzung einer angemessenen Beantwortungsfrist mit, und kann auch vom Richter erster Instanz einen Bericht einholen (Art. 362). Bei einstweiligen Verfügungen wird diese Frist in Anwendung des Art. 115 Z. P. O. entsprechend zu kürzen sein.

Der Appellationshof entscheidet ohne weitere Parteiverhandlung, nachdem er die nötigen Beweiserhebungen vorgenommen hat (Art. 363). Er dürfte gemäss Art. 315 und in analoger Anwendung

des Art. 355, III die Sache mit möglichster Beschleunigung erledigen und sie ausser der Reihe, auch während den Ferien, zur Behandlung bringen.

Die einzige Sonderbestimmung für die Nichtigkeitsklage aus Art. 360, und zwar nur aus Ziff. 2 dieses Artikels, ist die, dass der Appellationshof, wenn die Akten vollständig sind, an Stelle des aufgehobenen Entscheides einen neuen setzen kann (ohne Rückweisung zu neuerlicher Verhandlung und Beurteilung), gemäss Art. 365 Z. P O. Doch steht es dem Appellationshof nicht zu, wie bei der Appellation die Akten zum Zwecke der Urteilsfällung in der Sache selbst zu vervollständigen [119]).

3. Die Beschwerde.

Es wurde bereits auf den vorwiegend disziplinarischen Charakter dieses Rechtsbehelfes aufmerksam gemacht, der sich mehr gegen den Richter als gegen die Entscheidung richtet. Doch kann die Beschwerde auch gegen Entscheide in einstweiligen Verfügungen zur Anwendung kommen.

Zu den einzelnen *Beschwerdegründen* ist folgendes zu bemerken.

Ziff. 1 will ihrem Sinn nach Rechtsverweigerung und Rechtsverzögerung treffen. Sie kann also nur angerufen werden, wenn der Richter das Gesuch um eine einstweilige Verfügung grundlos liegen lässt, ohne es an Hand zu nehmen oder aber die Behandlung ungebührlich verzögert. Dabei ist es gleichgültig, ob es sich um eine einstweilige Verfügung in einem hängigen Prozesse oder ausserhalb eines solchen handelt. Bei der dringlichen Natur der Sache wird schon eine sonst nicht auffallende und geringe Verzögerung ins Gewicht fallen.

Doch nicht nur der Gesuchsteller, sondern auch der Gesuchsgegner kann Ziff. 1 anrufen, wenn der Richter eine superprovisorische Verfügung gegen ihn erlassen hat und nachher die weitere Behandlung des Gesuches nicht vornimmt oder unbefugt verzögert.

Ziff. 2, Art. 374 (wegen ungerechtfertigter Einstellung eines Prozesses) kommt für das Verfahren in einstweiligen Verfügungen nicht in Betracht.

Ziff. 3 betrifft Missbrauch der Amtsgewalt zur Vornahme einer ihr nach dem Gesetz nicht zustehenden Amtshandlung. Es

[119]) *Leuch:* N 1, Art. 365.

kann sich um zwei Fälle handeln: Missbrauch durch Vornahme einer Handlung ausserhalb des Rahmens, der dem Richter zukommenden Amtsgewalt, und Missbrauch im Rahmen der Amtsgewalt durch Vornahme einer sachlich zweifellos nicht gerechtfertigten Amtshandlung [120]).

Als Beispiel der ersteren könnte in Betracht kommen: Vornahme einer Vollstreckungshandlung durch den die einstweilige Verfügung bewilligenden Richter (Ausnahmen vergleiche unter V). Als Beispiel der letzteren: Bewilligung einer einstweiligen Verfügung im Sinne antizipierender Erfüllung im Falle von Ziff. 1, Art. 326, statt einer konservatorischen Massnahme, oder Bewilligung einer vorzeitigen Erfüllung in den Fällen der Ziff. 2 und 3, Art. 326, die weitgehender ist, als die eigentliche Urteilsvollstrekkung in der Hauptsache mit sich bringen würde.

Ziff. 4, Art. 374 hat lediglich ungebührliche Behandlung der Parteien oder Drittpersonen zum Gegenstand.

Aus den angeführten Beispielen erhellt, dass Nichtigkeitsklage und Beschwerde sich nicht immer in bezug auf ihre Begründung scharf voneinander trennen lassen, und dass die Unterscheidung in vielen Fällen letzten Endes Ermessenssache ist. Praktisch hat dies zur Folge, dass man bei Verspätung der Beschwerdefrist — die nur 10 Tage beträgt (Art. 375) — oft noch mit der Nichtigkeitsklage durchdringen kann. Für einstweilige Verfügungen dürfte dies jedoch mit Rücksicht auf die Dringlichkeit der Erledigung selten in Betracht kommen.

Das Beschwerdeverfahren ist ähnlich geordnet, wie bei der Nichtigkeitsklage: Schriftliches Begehren mit Begründung und Beweisanbietung (Art. 375), in der Regel Zustellung an die Gegenpartei zur Anbringung ihrer Gegenbemerkungen und Berichteinholung bei der angegriffenen Gerichtsstelle (Art. 377). Dann Fällung des Entscheides nach Vornahme der notwendigen Feststellungen ohne Parteiverhandlung (Art. 378 Z. P. O.).

Für einstweilige Verfügungen kommt aber lediglich die Beschwerde gegen den *Instruktionsrichter des Obergerichts* in Betracht, die vom Plenum des Gerichtes beurteilt wird (Art. 376, II).

Der Entscheid über die Beschwerde hat *Kassationscharakter,* wie in der Regel auch derjenige über die Nichtigkeitsklage (Art. 378). Ausgeschlossen ist — im Gegensatz zum Entscheid über Nichtig-

[120]) Z Band 56, Seite 244; Band 57, Seite 180.

keitsklagen (Art. 365) — ein korrigierendes Urteil in der Sache selbst. Ueberdies kann mit der Beschwerde ein Schadenersatzbegehren verbunden werden, über welches das Gericht in dem gleichen Entscheide urteilt (Art. 378).

VII. Die Schadenersatzpflicht.

Art. 332 sieht eine besondere Schadenersatzklage der durch die einstweilige Verfügung geschädigten Partei vor. Seiner Rechtsnatur nach handelt es sich dabei nicht um einen Anspruch aus unerlaubter Handlung (Deliktsklage) nach Art. 41 ff. O. R. [121]).

Dieser setzt nämlich eine *Widerrechtlichkeit* als Schadensursache voraus, des weitern auch noch ein *Verschulden.* Das Verschulden ist hier nicht notwendige Voraussetzung für die Klage aus Art. 332, sie ist von einem solchen unabhängig und kann auch nicht durch den Beweis eines Nichtverschuldens seitens des Beklagten entkräftet werden. Auch von einer Widerrechtlichkeit, bestehend in der Anbringung eines Gesuches um eine einstweilige Verfügung, kann nicht gut gesprochen werden.

Es handelt sich um eine obligatio ex lege, und zwar aus *kantonalem Recht.* Gemäss Art. 5 Z. G. B. sind die Kantone nur soweit befugt, zivilrechtliche Bestimmungen aufzustellen, als das Bundesrecht die Geltung kantonalen Rechtes vorbehält. Einen solchen Vorbehalt macht Art. 41 ff. O.R. nicht. Allein bei Art. 332 handelt es sich um eine Sanktion gegen den *Missbrauch eines prozessrechtlichen Instituts,* also eigentlich um eine prozessuale Bestimmung mit Reflexwirkungen auf das materielle Recht.

Der kantonal-rechtliche Charakter ist nach mehreren Richtungen hin praktisch bedeutsam. Zunächst sind auf diesen Schadenersatzanspruch die bundesrechtlichen Bestimmungen des Z.G.B. und O. R. nicht direkt anwendbar, sondern gemäss Art. 172 E. G. zum Z. G. B. nur als *ergänzendes Recht* heranzuziehen. Sodann ist eine Berufung an das Bundesgericht gegen ein Urteil über diesen Anspruch ausgeschlossen (Art. 57, I Org. Ges.) [122]).

[121]) *Leuch:* N 3, Art. 332, der die Frage nicht berührt, ob angesichts des Art. 5 Z. G. B. eine kantonale Privatrechtssatzung dieses Inhalts zulässig ist.

[122]) B. G. E. Band 47, II, 471.

Die Voraussetzungen des Schadenersatzanspruches nach Art. 332 sind folgende:

1. Es muss *eine einstweilige Verfügung oder eine superprovisorische Massnahme erlassen und vollzogen worden* sein. Der Text des Art. 332 ist ungenau. Er spricht nur vom Erlass einer einstweiligen Verfügung. Der Erlass allein ohne die Vollstreckung bezw. ohne die freiwillige Vollziehung durch den Gesuchsgegner kann naturgemäss nicht zur Begründung eines Schadenersatzanspruches genügen. Es liegt ferner kein Grund vor anzunehmen, dass die superprovisorische Massnahme, die durch ihre Raschheit oft noch einschneidender wirkt als die einstweilige Verfügung, selbst keine Schadenersatzfolgen zeitigen sollte [123]).

2. Die *Verfügung* muss *wegen Fehlens eines fälligen materiellrechtlichen Anspruches ungerechtfertigt* sein. Auch in dieser Richtung ist der Text des Art. 332 ungenau. Er lautet: «sofern die Massnahmen unbegründet waren oder ihnen ein materiellrechtlicher Anspruch nicht zugrunde lag.» Die Unbegründetheit der Massnahmen kann an sich unmöglich dem Gesuchsteller zur Last gelegt werden; denn darüber entscheidet nach eigenem Ermessen der Richter. Es wurde bereits unter IV, 1 hervorgehoben, dass der Richter an die beantragten Massnahmen nur insoweit gebunden ist, als er nicht noch weitgehendere bewilligen kann. Im übrigen entscheidet aber der Richter über die zu verfügenden Massnahmen nach seinem, von Parteianträgen unabhängigen, einzig von der Sach- und Interessenlage geleiteten Ermessen.

Der Gesetzgeber kann aber nicht beabsichtigt haben, die Verantwortlichkeit für die vom Richter für richtig befundenen Anordnungen dem Gesuchsteller zuzuschieben. Richtig bemerkt *Leuch*, dass der Text vielmehr so zu verstehen sei: «sofern die Massnahmen unbegründet waren, *weil* (nicht oder) ihnen ein materiellrechtlicher Anspruch nicht zugrunde lag». Es kann sich hier nur um ein Redaktionsversehen handeln.

Dem Falle, dass ein materiellrechtlicher Anspruch nicht bestanden hat, ist der Fall gleichzusetzen, wo ein solcher nicht *fällig war*. Ziff. 3, Art. 326 spricht ausdrücklich von «fälligen Rechtsansprüchen»; aber auch nach Ziff. 1 und 2 kann es sich nicht um nichtfällige Ansprüche handeln, da für solche ein

[123]) *Leuch:* N 1, Art. 332. — M Band 14, 106.

Rechtsschutz in der Form einstweiliger Verfügungen nicht bestehen kann (vergl. I, 2 hievor).

Gleichgültig ist, dass der Schadenersatzansprechende gegen die einstweilige Verfügung kein Rechtsmittel ergriffen hat, da grundsätzlich das Urteil jeder Instanz *dem Werte nach* gleichzusetzen ist, und der Gesuchsgegner ja in der oberen Instanz ein noch beschränkteres Verteidigungsrecht hat als in der unteren (Schriftlichkeit des Verfahrens unter unbedingtem Ausschluss einer Parteiverhandlung).

Das Fehlen eines materiellrechtlichen Anspruches muss nachgewiesen werden, und zwar darf dieser Nachweis nicht nur allein in der Begründung liegen, dass kein Grund zu besonderem Schutze durch eine einstweilige Verfügung vorgelegen, also im wesentlichen keine Gefährdung des Anspruches bestanden habe. Wohl könnte man aus dem Passus: «sofern die Massnahmen unbegründet waren *oder* usw.» (Art. 332, I) schliessen, dass zum Ersatzanspruch schon der Nachweis genüge, es sei kein Grund vorhanden gewesen, statt der ordentlichen Klage oder neben derselben auch noch das besondere Rechtsschutzmittel der einstweiligen Verfügung zu beanspruchen. Allein dieser Auffassung steht die Erwägung entgegen, dass es sich hier — nicht wie beim Arrest — stets um einen Anspruch handelt, der bereits hätte erfüllt sein sollen. Es wäre ungerecht und stossend, wenn der Schuldner einen Ersatzanspruch daraus herleiten könnte, dass man den fälligen Anspruch, statt durch ein langsameres, durch ein rascher wirkendes rechtliches Verfahren realisiert hat, und so gewissermassen eine Art Prämie für seine Säumigkeit einheimsen würde.

Der genannte Passus kann kaum in einem anderen Sinne verstanden werden als oben interpretiert wurde, nämlich als Prämisse zum mangelhaft redigierten Folgesatz: «oder (statt weil) ihnen ein materiellrechtlicher Anspruch nicht zugrunde lag».

Das Fehlen eines materiellrechtlichen Anspruches ist für die Schadenersatzforderung entscheidend, das heisst, *die fehlende innere Berechtigung zur Zeit der Anordnung.* Nicht auf die Aufhebung der einstweiligen Verfügung, sondern auf diese fehlende innere Berechtigung kommt es an. Der Hinfall der einstweiligen Verfügung mangels Einhaltung der Klagefrist (Art. 330), ihre Aufhebung durch eine höhere Instanz auf Appellation, Nichtig-

keitsklage oder Beschwerde hin, genügt ebensowenig zur Begründung der Schadenersatzpflicht, wie ihre Abänderung wegen dahingefallener Gefahr oder veränderter Umstände (Art. 331) bezw. ihre Beseitigung durch Verzicht [124]).

Das Fehlen des materiellrechtlichen Anspruches wird sich vielmehr entweder aus dem der einstweiligen Verfügung nachfolgenden rechtskräftigen Urteil in der Sache selbst ergeben, oder es wird dies im Schadenersatzprozesse selbst nachgewiesen werden müssen.

3. Es muss infolge Vollzuges der einstweiligen Verfügung oder superprovisorischen Massnahme dem Schuldner ein Schaden entstanden sein. Insbesondere kann es sich dabei nur um einen *Vermögensschaden* handeln. Ein Genugtuungsanspruch wegen immateriellen Schadens kann auf Art. 332 — mangels ausdrücklicher Gesetzesbestimmung — nicht gestützt werden. Der eingetretene Schaden muss auf die einstweilige Verfügung als solche zurückzuführen sein, nicht lediglich auf die Art und Weise ihres Vollzuges, die ja nicht der Gläubiger, sondern der bewilligende Richter (bezw. der Vollstreckungsrichter) bestimmt. Die Beweislast für den Eintritt und den Umfang des Schadens, ebenso für den Kausalzusammenhang zwischen einstweiliger Verfügung und Schaden, obliegt immer dem klagenden Schadenersatzansprecher.

4. Die *Legitimation* zur Anstellung der Schadenersatzklage wird im Gesetz nur für die aktive Seite geregelt, indem die Partei, gegen welche die einstweilige Verfügung erlassen wurde, als ersatzberechtigt erklärt wird. Nicht geregelt ist die Passivlegitimation. Es liegt jedoch auf der Hand, dass nur diejenige Person verklagt werden kann, die um die betreffende einstweilige Verfügung nachgesucht hat, nicht etwa Drittpersonen.

5. Das *Prozessverfahren* ist gemäss ausdrücklicher Bestimmung nicht das summarische, sondern das ordentliche Verfahren. Im Wege der *Widerklage* gegenüber dem Anspruch des Klägers im Hauptprozesse wird sich der Schadenersatzanspruch nicht anbringen lassen, weil er als Geldanspruch mit dem — nicht auf Geld gerichteten — Hauptanspruch (vergl. I, 2 und II, 3 hievor) nicht verrechnet werden kann und mit ihm nicht in *rechtlichem* Zusammenhange steht (Art. 170). Hingegen kann der Schadenersatz-

[124]) *Stein:* zu § 945; *Leuch:* N 3, Art. 332.

anspruch als *Einrede* in einem anderen auf eine Geldleistung gerichteten Prozesse des Gesuchstellers gegen den Gesuchsgegner verwertet werden.

Als *Gerichtsstand* kommt der ordentliche Gerichtsstand des Beklagten in Betracht (Art. 20 Z. P. O.).

Auf die *Verjährung* ist gemäss Art. 172 E. G. zum Z. G. B., Art. 60 O. R. ergänzungsweise anwendbar [125]).

6. Da die Sicherheitsleistung des Art. 329 lediglich im Hinblick auf die Schadenersatzklage des Art. 332 vorgesehen ist, haftet sie grundsätzlich auch nur für die mit dieser Klage geltend zu machenden Ansprüche. Nur der Schuldner, nicht etwa ein geschädigter Dritter kann sie, gestützt auf ein obsiegendes Urteil im Prozesse gemäss Art. 332 in dem durch dasselbe bestimmten Umfang in Anspruch nehmen.

Damit jedoch die Sicherheit nicht eine unbestimmte Zeit hindurch (bezw. bis zur Verjährung des Anspruches) gebunden bleibe, ist der Richter berechtigt, von sich aus oder auf Antrag des Gesuchstellers dem Gesuchsgegner zur Anstellung der Klage eine angemessene Frist zu setzen, nach deren fruchtlosem Ablauf er die Kaution dem Berechtigten herausgeben darf (Art. 332, II). Durch den unbenutzten Ablauf der Frist wird nur die Kaution frei, nicht aber die Schadenersatzklage verwirkt. Für alle Fälle ist die Kaution dann herauszugeben, «wenn feststeht, dass eine Schadenersatzklage nicht angehoben wird». Dies ist auch dann der Fall, wenn der durch die einstweilige Verfügung geschützte Anspruch durch rechtskräftiges Urteil im Hauptprozess zugesprochen ist [126]).

7. Ausser der kantonalrechtlichen Schadenersatzklage ist naturgemäss auch die *Zivildeliktsklage aus Art. 41 ff. O. R.* gegeben, wenn deren Voraussetzungen zutreffen, insbesondere ein Verschulden des Gesuchstellers vorliegt. Sie hat den Vorteil, dass sie auch auf *Genugtuung* gerichtet werden kann, nicht nur auf Ersatz des Vermögensschadens; ferner dass sie auch dem durch die einstweilige Verfügung geschädigten Dritten zusteht und gegen Dritte (nicht nur gegen den Gesuchsteller allein) gerichtet werden kann, wenn diese mitverantwortlich sind oder sich aus dem Schaden des

[125]) Z Band 52, Seite 445; B. G. E. Band 42, II, 522.

[126]) *Leuch:* N 4, Art. 332 und analog Jäger zu Art. 273 Sch. K. G.

Klägers mitbereichert haben (eventuell in Konkurrenz mit der Bereicherungsklage nach Art. 62 ff O. R. [127]).

Schliesslich ist neben diesen Klagen auch noch die *Vertragsklage* aus dem zwischen den Parteien eventuell bestehenden vertraglichen Verhältnis gegeben (zum Beispiel Klage des Verkäufers, dem die Kaufsache unberechtigt durch einstweilige Verfügung zugunsten des Käufers vorzeitig abgenommen worden ist, auf Zahlung des Kaufpreises und Schadenersatz; Klage des durch einstweilige Verfügung unberechtigt exmittierten Mieters wegen Nichteinhaltung des Mietvertrages u. dergl. mehr).

---

[127]) B. G. E. Band 25, II, 101; Band 47, II, 473.